

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE

Volume 5 - N.12 - Julho/Dezembro - 2000



**AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS
DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS
OBRAS INTELECTUAIS**

José de Oliveira Ascensão

**REFORMA POLÍTICA
DO ESTADO E
DEMOCRATIZAÇÃO**

Alexandre de Moraes

**ALGUNS ASPECTOS DA
PROVA EM MATÉRIA
CRIMINAL**

Roque de Brito Alves

**A REFORMA DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Ada Pellegrini Grinover

**CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO
PRINCÍPIO DA INEFICÁCIA NO DELITO DE
DEBANHADO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS
DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA**

Damásio de Jesus

REVISTA DA ESMAPE recebe
os pareceres, decisões,
sentenças, acordãos e outras
atras judiciais que atendam as
necessidades exigências:

• Serem inéditas;

• Digitados em word for windows,
em 12, espaço duplo e conterem no
máximo 20 (vinte) laudas. Os
trabalhos devem vir acompanhados
em disquete 3 1/2 e sumário.

• As notas de rodapé não deverão
ultrapassar a total de 5 (cinco) por
pagina e as referências bibliográficas,
apresentadas no final de cada
trabalho, devem obedecer às normas
da Associação Brasileira de Normas
Técnicas - ABNT/2000.

• O nome completo do autor,
endereço e telefone, bem como, um
resumo curricular de no máximo 10
(dez) linhas, deverão constar no final
do trabalho.

• Os originais selecionados pela
Comissão Editorial serão submetidos à
revisão ortográfica e gramatical,
devendo ser alterados, com a prévia
autorização do autor.

• Os trabalhos não serão devolvidos
devidamente e devem ser remetidos à:

Escola Superior da Magistratura de
Pernambuco - ESMAPE - Revista da
Magistratura - Comissão Editorial, situada
na Rua Dom Bosco, 1308 - 1º andar
(Colégio Americano Batista) - Boa
Vista - Recife/PE, CEP 50.070 - 070,
ou via internet no endereço:

esmape@pepe.gov.br



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070.070.



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA 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. Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070-070

SEDE RECIFE

Diretor-Presidente

Des. Etério Ramos Galvão Filho

Supervisor

Juiz Ruy Trezena Patu Júnior

Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e Aperfeiçoamento Jurídico

Juiz Teodomiro Noronha Cardozo

Coordenador de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural

Juiz Lúcio Grassi de Gouveia

Coordenador dos Cursos de Extensão, Pós-Graduação, Preparação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Juiz Paulo Henrique Martins de Machado

Coordenador da Assessoria Jurídica Virtual

Juiz Rafael José de Menezes

Coordenador de Prática Jurídica em Serviço

Juiz Eudes dos Prazeres França

Professores-Coordenadores de Prática Jurídica Cível

Juiz Marcos Antonio Tavares de Albuquerque

Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

Professor-Coordenador de Prática Jurídica Penal

Juiz Teodomiro Noronha Cardozo

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

Juiz Luiz Mário de Góes Moutinho

Diretor de Secretaria

Carlos Alberto Carneiro

Diretora de Patrimônio e Finanças

Rosa Maria Aparecida Joseph Lencastre

Bibliotecária

Joseane Ramos Duarte Soares

NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE

Diretor Regional

Juiz Augusto Napoleão Sampaio Angelim

Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e Aperfeiçoamento Jurídico

Juiz Cláudio Ferreira Pinto

Coordenador de Cursos de Extensão Pós-Graduação, Preparação

e Aperfeiçoamento de Magistrados

Juiz Brasília Antônio Guerra

Coordenador de Prática Jurídica em Serviço

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

Coordenadora de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural

Juíza Ana Paula Lara Melo

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

Juiz Marupiraja Ramos Ribas

Secretário Regional

Bel. Francisco de Assis Ferreira Neto

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Presidente

Juiz Ailton Mozart Valadares Vieira Pires

ISSN 1415-112X

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

**Volume 5 – Número 12
julho/dezembro – 2000**

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Rev. da Esmape - Recife - V.5 Nº-12 - 003-682 - jul/dez 2000 → 3

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 20000017

Local P-01

Ch. 00000012 E

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Membros: Dr. Ruy Trezena Patu Júnior

Dr. Luiz Mário de Góes Moutinho

Dr. Paulo Henrique Martins de Machado

Dr. Rafael José de Menezes

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

Revisão: Profª. Eulene Staudinger – Fone: (81) 32512684

Foto da capa: Startes Consultoria Fotográfica

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 DE PERNAMBUCO
E S M A P E

Tiragem: 1.200 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@fisepe.pe.gov.br

www.esmape.com.br



Produção Gráfica:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife/PE – CEP 52061.180

Tels./Fax: (81) 3441.0132/3441.0133/3441.0134

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

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

Josi/ESMAPE

CDD 340.05

CORPO DOCENTE

1º PERÍODO

DIREITO CONSTITUCIONAL I

André Vicente Pires Rosa

José Carlos de Arruda Dantas

Maria Betânia Silva

Walber de Moura Agra

DIREITO ADMINISTRATIVO I

João Armando Costa Menezes

José Marcelon Luiz e Silva

Oscar Vilaça de Melo Filho

DIREITO CIVIL I

Jorge Américo Pereira de Lira

DIREITO PENAL I

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

João Ferreira Braga

Paulo César Maia Porto

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Lúcio Grassi de Gouveia

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

João Olympio Valença de Mendonça

Silvânia Espéria da Silva

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Francisco Alves dos Santos Júnior

Hélio Sílvio Ourem Campos

DIREITO COMERCIAL I

Carlos Humberto Inojosa Galindo

Marcos Antônio Nery de Azevedo

Vaudrilo Leal Guerra Curado

PRÁTICA JUDICIÁRIA CÍVEL I

Carlos Magno Cysneiros Sampaio

Eudes dos Prazeres França

Misael de Albuquerque Montenegro Filho

2º PERÍODO**DIREITO PROCESSUAL PENAL II**

Carlos Alberto Berriel Pessanha

Honório Gomes do Rego Filho

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

José Antônio Macedo Malta

Paula Maria Malta Teixeira do Rego

DIREITO CIVIL II

Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Ruy Trezena Patu Júnior

DIREITO PENAL II

Laiete Jatobá Neto

DIREITO COMERCIAL

Luiz de Freitas Lima

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Cristiana Dantas Pragana

Djalma Andreino Nogueira Jr.

José Viana Ulisses Filho

DIREITO ADMINISTRATIVO II

Marcos Antônio Rios da Nóbrega

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Jackson Borges de Araújo

PRÁTICA JURÍDICA CÍVEL

Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio

Emanuel Bonfim Carneiro Amaral Filho

DIREITO DO CONSUMIDOR

Isaias Andrade Lins Neto

Luiz Mário de Góes Moutinho

Raimundo Gomes Barros

Rosana Grimberg

3º PERÍODO

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Bartolomeu Bueno

Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Luiz Carlos de Barros Figueiredo

DIREITO ELEITORAL

Paulo Henrique Martins Machado

DIREITO PENAL III

Antônio Carlos de Vasconcellos C. Barreto Campello

Giani Maria do Monte Santos

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

Sérgio Torres Teixeira

Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

Albérico Gomes Guerra

Patrícia Carneiro Tavares

PRÁTICA JUDICIÁRIA PENAL

Flávio Augusto Fontes de Lima

Maria da Glória Gonçalves Santos

DIREITO CIVIL III

Alberto Flávio Barros Patriota

Leopoldo de Arruda Raposo

PRÁTICA JUDICIÁRIA TRABALHISTA

Frederico Correia Maranhão

DIREITO DO TRABALHO

José Luciano Aleixo Silva

MEDICINA LEGAL

Clóvis César de Mendoza

Gilberto Valter de Moraes Moura

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Mauri Delgado Chacon

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Milton Gouveia da Silva Filho

DIREITO TRIBUTÁRIO II

Joaquim Lustosa Filho

José Viana Ulisses Filho

PRÁTICA JUDICIÁRIA CÍVEL

Frederico Guilherme R. de Lima

Marcos A. Tavares de Albuquerque

(...)

*Somos muitos Severinos
iguais em tudo e na sina:
a de abrandar estas pedras
suando-se muito em cima,
a de tentar despertar
terra sempre mais extinta,
a de querer arrancar
algum roçado da cinza.
Mas, para que me conheçam
melhor Vossas Senhorias
e melhor possam seguir
a história de minha vida,
passo a ser Severino
que em vossa presença emigra"*

(...)

(Trecho do poema **"Morte e Vida Severina"**
de João Cabral de Melo Neto).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 21

TEORIA

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 25
Ada Pellegrini Grinover

REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO 45
Alexandre de Moraes

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 99
Ana Paula Duarte Damasceno

O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE 121
Ana Paula Lira Melo

CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS 169
Caetano Lagrasta Neto

NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS 181
Carine Delgado Caúla Reis

VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE SEXUAL 211
Carlos Antônio R. Ribeiro

CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO
NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO
INDÉBITA 229

Damásio de Jesus

MERCOSUL: MERCADO COMUM – REALIDADE OU UTOPIA 235

Fabiola Santos Albuquerque

O ILÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS
TEORIAS DE Kelsen E Pontes de Miranda 259

Felipe Peixoto Braga Netto

O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA 285

Francisco Demétrius P. de Oliveira

LOURIVAL VILANOVA/TORQUATO CASTRO: CAUSALIDADE E
RELAÇÃO NO DIREITO/TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA EM
DIREITO PRIVADO NACIONAL 313

Hélio Sílvio Ourem Campos

BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMÁTICAS DOS
AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS 351

Humberto Bruno de Almeida Ferreira

RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS
ESSENCIAIS 373

Inês Cristina Seibmann

A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO
DE PERNAMBUCO 383

José Carlos Arruda Dantas

AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO
DAS OBRAS INTELECTUAIS 403

José de Oliveira Ascensão

O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO
DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL 441

Kézia Milka Lyra de Oliveira

UNIÃO ESTÁVEL EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS 465

Luciana Helena Santos

A CULPA COMO FATOR PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DO
DIVÓRCIO: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE E
DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO
COMPARADO 495

Lúcio Grassi de Gouveia

A CONSTRUÇÃO CIVIL É ATIVIDADE CIVIL 511

Luiz de Freitas Lima

DIREITO DO TRABALHO MÍNIMO 525

Mário Antônio Lobato de Paiva

DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA 537

Patrícia Carneiro Tavares

ALGUNS ASPECTOS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL 565

Roque de Brito Alves

OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A
CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA 599

Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos

OUVIDORIA JUDICIÁRIA – MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO
JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE 613

Zélia Maria Lucena de Mendonça

PRÁTICA

SENTENÇA CRIMINAL. DENÚNCIA CONTRA SEIS POLICIAIS
MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS.
LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA 633

Nivaldo Mulatinho Filho

ÍNDICE ONOMÁSTICO 659

APRESENTAÇÃO

Temos a honra de apresentar a **Revista da Esmape** em seu décimo segundo número, num momento em que estamos recebendo grande quantidade de artigos de doutrinadores nacionais e mantendo, através da Coordenação de Divulgação Científica e Cultural dessa Escola, sob a liderança do Juiz e Professor Lúcio Grassi de Gouveia, contato com professores estrangeiros que têm emprestado sua colaboração.

Neste número, contamos com artigo do Prof. José de Oliveira Ascensão, grande expoente das letras jurídicas em Portugal e no Brasil, símbolo máximo do estreitamento das relações entre os dois países. Oliveira Ascensão representa, nesse momento, o resultado concreto do esforço de divulgação e internacionalização da Revista, correspondido pela atenção e dedicação desse brilhante mestre e professor luso-brasileiro.

Traremos ainda artigos da lavra de professores do quilate de Roque de Brito Alves, Ada Pellegrini, Alexandre de Moraes e Damásio de Jesus, além de diversos outros mestres que têm a capacidade de perpetuar e atualizar os ensinamentos, em suas respectivas áreas de atuação, em benefício das novas gerações de juristas que surgem no cenário brasileiro.

Aproveitamos ainda para trazer ao conhecimento dos nossos leitores que, após a edição do último número, recebemos por escrito, entre vários outros, elogios à qualidade da Revista por parte do Des. Hélio Siqueira Campos, Exmo. Corregedor Geral do Tribunal de Justiça de Pernambuco e *e-mail* enviado pelo professor Michele Taruffo, em que elogia a tradução e a presteza na publicação de seu artigo.

Tais menções elogiosas retratam a realidade da nossa Revista: magistrados e acadêmicos cooperando para sua construção e aprimoramento. São mensagens como essas que atestam sua qualidade, eficiência e periodicidade e nos motivam para que continuemos a fazer a **Revista da Esmape**, este valioso instrumento de divulgação científica e cultural, cujo reconhecimento já se faz presente no cenário jurídico brasileiro, e, por que não dizer, internacional.

Recife, dezembro de 2000.

Des. Etério Ramos Galvão
Diretor-Presidente da ESMAPE

TEORIA

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora aposentada do Estado de São Paulo. Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil (Conselho Federal). Membro de várias entidades internacionais. Participou de inúmeros congressos internacionais e nacionais, que freqüentemente coordenou, sempre com trabalhos apresentados. Tem diversos ensaios publicados em revistas e livros italianos, espanhóis, mexicanos, argentinos, uruguaios, norte-americanos e japoneses. Autora de diversos livros e do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

SUMÁRIO

1 – Os valores fundamentais do processo penal moderno; 2 – O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América; 3 – A necessidade de reforma do sistema brasileiro; 4 – Os trabalhos de 1994 e de 2000; 5 – Os anteprojeto da Comissão; 5.1 – Investigação policial; 5.2 – Procedimentos; 5.3 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 5.4 – Efetividade da defesa. Interrogatório; 5.5 – Prova pericial, prova testemunhal e provas ilícitas; 5.6 – Suspensão do prazo prescricional; 5.7 – Jur; 5.8 – Recursos; 6 – A divulgação dos anteprojeto e sua apresentação para críticas e sugestões.

1 – Já tivemos oportunidade de escrever¹ que os valores fundamentais do moderno processo penal são o *garantismo* e a *efetividade*. *Garantismo*, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. *Efetividade*, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

1- GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. IN: O PROCESSO EM EVOLUÇÃO. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 241.

A técnica básica de que o processo penal da atualidade se utiliza, para a observância dos princípios maiores a que está preordenado, reside na estrutura típica do *modelo acusatório*. Perfeitamente delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa (o que importa na abolição dos juizados de instrução), todo o processo se publiciza, condensa-se e concentra-se, ganhando em eficiência e exigindo a participação constante do juiz e das partes, na plena observância do princípio do contraditório e das garantias constitucionais.

A transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. O mecanismo de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário instrumental técnico, imprescindíveis para a operacionalidade do sistema.

2 – Essas idéias, que impregnam o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, serviram de base para a profunda reforma dos sistemas processuais de países como a Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Paraguai e para os projetos do Chile, Bolívia e Honduras, alimentando também reformas parciais no Brasil². E nas mesmas idéias fundaram-se as reformas dos códigos da Itália e de Portugal³.

2- V. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois. In: A MARCHA DO PROCESSO. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. pp. 70-76.

3- V., para a Itália, da autora. Influência cit., pp.227/230; e, para Portugal, A instrução processual penal em Ibero-América. In: O PROCESSO EM EVOLUÇÃO cit., pp.242/257.

3 – O alinhamento de um número cada vez maior de países às idéias fundantes do Código Modelo aponta para a necessidade urgente de o Brasil adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muitos dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reestruturados de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente, com os quais entraram em conflito. Disso também decorrem as dificuldades com uma jurisprudência, nem sempre sensível à tensão entre o velho e o novo. Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando freqüentemente à impunidade. É preciso mudar esse quadro.

Reforma, portanto. Mas que reforma?

A reforma total teria a seu favor a completa harmonia do novo sistema. Mas seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa de um Parlamento assoberbado por Medidas Provisórias e por Comissões Parlamentares de Inquérito, tudo milita contra a idéia de uma reforma global do Código de Processo Penal. Reformas tópicas, portanto, mas não isoladas, para que se mantenham a unidade e a homogeneidade do sistema; e reformas tópicas que não incidam apenas sobre alguns dispositivos, mas que tomem por base institutos processuais de forma a remodelá-los completamente, em harmonia com os outros.

4 – Os juristas brasileiros já haviam trabalhado nessa linha de reformas em Comissão do Ministério da Justiça, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, revendo propostas apresentadas por comissão anterior. Surgiram desse trabalho diversos anteprojetos de lei, que acabaram sendo desfigurados no Ministério da Justiça e assim encaminhados, em 1994, como projetos, ao Congresso Nacional, de onde o próprio Governo os retirou, a pretexto de aperfeiçoá-los.

Assumindo o Ministério da Justiça, José Carlos Dias, mediante o Aviso nº 1.151, de 29 de outubro de 1999, convidou o INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal, para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional. E, pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, o Ministro da Justiça constituiu comissão para, no prazo de 90 dias a partir de sua instalação, apresentar propostas visando à reforma do Código de Processo Penal brasileiro. A Comissão foi formada dos seguintes juristas do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL:

- Ada Pellegrini Grinover - presidente
- Petrônio Calmon Filho - secretário
- Antônio Magalhães Gomes Filho
- Antônio Scarance Fernandes
- Luiz Flávio Gomes
- Miguel Reale Júnior
- Nilzardo Carneiro Leão
- René Ariel Dotti
- Rogério Lauria Tucci
- Sidnei Beneti

Em consonância com a Portaria, a Comissão apreciou os projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994, fruto do trabalho da comissão anterior, da qual oito dos membros da atual comissão participaram.

Seis anteprojetos já haviam sido apresentados ao Ministro José Carlos Dias, para ampla divulgação, quando se registrou seu pedido de demissão e a subsequente nomeação para o cargo de José Gregori. Esse, pela Portaria nº 371, de 11 de maio de 2000, confirmou a comissão, prorrogando o prazo para a conclusão dos trabalhos por mais 90 dias. Enquanto isso, René Dotti houve por bem deixar a Comissão, na mesma oportunidade em que a Comissão da Reforma Penal se dissolveu, em solidariedade ao Ministro José Carlos Dias, tendo sido substituído, nos trabalhos da Comissão, por Rui Stoco.

A Comissão entregou ao Ministro Gregori mais cinco anteprojetos, perfazendo o total de onze.

5 – São os seguintes os anteprojetos apresentados: 1 – Investigação Policial; 2 – Procedimentos; 3 – Prisão, medidas cautelares e liberdade; 4 – Efetividade da defesa; 5 – Interrogatório; 6 – Prova pericial; 7 – Prova testemunhal; 8 – Provas ilícitas; 9 – Citação por edital e suspensão do prazo prescricional; 10 – Júri; 11 – Recursos.

Na verdade, como dito, os anteprojetos compõem um conjunto harmônico, remodelando institutos inteiros, sempre na preocupação da adequação das normas processuais à Constituição de 1988 e à Convenção

Americana sobre os Direitos do Homem, a qual integra o ordenamento brasileiro, bem como na plena observância dos princípios do moderno processo acusatório, com ênfase à agilização dos procedimentos e com vistas à efetividade do processo.

5.1 – Profundas são as modificações introduzidas na investigação policial. Antes de mais nada, deixam-se perfeitamente caracterizadas as funções próprias da polícia judiciária, encarregada exclusivamente das investigações; do Ministério Público, destinatário da investigação, com atribuições de supervisão e controle; do juiz, imparcial e eqüidistante, para a concessão de medidas cautelares; da defesa, assegurada desde o momento em que o investigado passa formalmente à situação de suspeito; do ofendido, que pode exercer diversas atividades ao longo das investigações.

A agilização e simplificação das atividades investigativas concretizam-se pela manutenção do termo circunstanciado, para as infrações penais de menor potencial ofensivo; e, com relação às demais, pelo início das investigações pela via de apuração sumária, efetuada de forma singela e informal. Em 10 dias, a autoridade policial deverá remeter ao MP as informações obtidas, sem prejuízo de nelas prosseguir ou de iniciar outras entendidas necessárias, cujos resultados também serão enviadas ao *parquet*. O MP, à vista dos elementos encaminhados, poderá desde logo oferecer denúncia, promover o arquivamento ou requisitar a instauração do inquérito.

Mesmo o inquérito, reservado aos casos de inves-

tigações mais complexas, deverá reunir elementos informativos na medida estritamente necessária à formação da *opinio delicti* do MP e à concessão de medidas cautelares pelo juiz, não podendo esses elementos servirem de fundamento para a sentença, com exceção das provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, sobre as quais se estabelecerá o contraditório posterior.

Está prevista, sempre que possível, a utilização dos recursos de gravação magnética, estenotipia ou outra técnica similar, inclusive audiovisual, destinada à agilização e à maior fidelidade das informações.

Todos os atos praticados na fase de investigação devem ser motivados, sendo de 30 dias o prazo improrrogável para a conclusão do inquérito. Esse, como os demais prazos, ficam sujeitos à fiscalização de todos os interessados – MP, ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo, investigado ou suspeito (situações jurídicas bem diversificadas, substituindo-se o indiciamento pela atribuição formal do *status* de suspeito ao investigado, para que a partir daí, após a reunião de elementos informativos tidos como suficientes pela autoridade policial, se lhe assegurem as garantias constitucionais).

As mesmas regras aplicam-se às investigações destinadas à ação penal de iniciativa privada, para a qual se abre a legitimação às entidades previstas em lei para a defesa de interesses difusos ou coletivos.

Reservadas as medidas cautelares ao juiz, nenhuma interferência terá ele em relação à formulação da acusação ou à promoção do arquivamento, essa toda processada no âmbito do M.P., a cujo Órgão Superior

fica conferida a fiscalização da atuação ministerial, com o devido controle do ofendido, homologando-a ou ordenando que outro representante da instituição ofereça denúncia.

Em conclusão, vale ressaltar que a proposta representa, sobretudo, uma tentativa séria e vigorosa de mudança de mentalidades, num desenho das funções institucionais que leva em conta o modelo acusatório e a necessidade de desburocratização da investigação policial.

5.2 – Os procedimentos também passaram por uma profunda revisão, buscando a celeridade e a defesa efetiva, observados os esquemas do processo acusatório. As técnicas que garantem o atingimento desses objetivos são: a) defesa do acusado antes do recebimento da denúncia ou queixa; b) possibilidade de absolvição sumária no momento do juízo de admissibilidade da acusação; c) recebida essa, os autos do processo serão instruídos apenas com as provas antecipadas, as cautelares e as irrepelíveis, dispensando-se as demais peças da investigação policial, entregues às partes e arquivadas em cartório; d) o juiz que receber a denúncia ou queixa e deferir as medidas cautelares ficará impedido de presidir à instrução e prolatar a sentença, salvo nas comarcas em que houver um só juiz; e) procedimento oral, realizado em uma só audiência, com o interrogatório do acusado tomado após a produção da prova; f) alegações finais e prolação da sentença em audiência.

O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumariíssimo, mantendo-se esse para as infrações penais de menor potencial ofensivo. O procedimento sumário será adotado quando se tratar de crime punido com pena máxima não superior a 4 anos e o ordinário, para os demais.

No procedimento sumário poderão ser arroladas até cinco testemunhas pelas partes e não se autoriza qualquer exceção à concentração dos atos numa única audiência. O procedimento ordinário permite que cada parte arrole até oito testemunhas e que, por exigência da complexidade dos fatos, as alegações finais e a sentença sejam elaboradas por escrito, observado em qualquer hipótese o princípio da identidade física do juiz.

Disposição expressa prevê a aplicação das normas atinentes à defesa anterior ao recebimento da acusação em todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não previstos no Código de Processo Penal.

O anteprojeto cuida, ainda, de estabelecer nova sistemática para a *mutatio libelli*, exigindo a rigorosa correlação entre imputação e sentença.

Finalmente, cumpre notar que as técnicas utilizadas visam a forjar procedimentos ágeis e concentrados, objetivando a eficácia do processo e a aplicação da lei penal e garantindo, ao mesmo tempo, a defesa efetiva.

5.3 – A sistematização e atualização do tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança, buscam superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com re-

formas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo às exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal.

Nessa linha, as principais alterações da reforma projetada são: a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; c) a manutenção da prisão preventiva, genericamente, para garantia da instrução do processo e da execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações de criminalidade organizada, de grave ofensa à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira, ou mediante violência ou grave ameaça às pessoas; d) a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em situações taxativas, bastante restritas, indicadoras da inconveniência ou desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere; e) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança.

No amplo leque de medidas cautelares diversas da prisão, proporciona-se ao juiz a escolha, dentro dos critérios de legalidade e proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso. Tais medidas cautelares, que poderão ser decretadas desde que o caso não seja de prisão preventiva, numa ordem progressiva de intensidade de obrigações impostas, são as seguintes: a) comparecimento periódico em juízo; b) proibição de aces-

so ou freqüência a determinados lugares; c) proibição de manter contato com pessoa determinada; d) proibição de ausentar-se do país; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira; g) internação provisória; h) fiança. Caso o investigado, suspeito ou acusado descumpra alguma das obrigações impostas, o juiz poderá substituir a medida por outra, impor outra em cumulação e, até mesmo, em último caso, decretar a prisão preventiva. A medida também poderá ser revogada ou substituída quando o juiz verificar a falta de motivo para que subsista.

Completam e uniformizam o sistema as regras sobre a liberdade provisória. As regras sobre a liberdade provisória ao preso em flagrante são as seguintes: o juiz que recebe o auto pode relaxar o flagrante, se ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes seus requisitos; conceder liberdade provisória com ou sem fiança, ou com os demais vínculos acima indicados.

No que concerne à fiança, cabe realçar, dentre outros aspectos relevantes: a ampliação da possibilidade de a autoridade policial concedê-la; o alargamento de suas hipóteses de incidência, observadas as proibições constitucionais na matéria; a atualização de seus valores e a adequação da disciplina do quebramento.

Também se cuida, no anteprojeto, de fixar na sentença condenatória o valor provisório da reparação dos danos causados pelo crime, atendendo-se assim aos interesses da vítima.

A revogação dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar. A execução antecipada da sentença penal não se coaduna como os princípios garantidores do Estado de Direito.

5.4 – A defesa concreta e efetiva é um dos principais requisitos do devido processo legal. Sem o pleno exercício do direito de defesa, não pode haver processo e muito menos condenação. A defesa desdobra-se em defesa técnica e autodefesa, sendo a primeira sempre indisponível e a segunda, dispensável exclusivamente pelo suspeito ou acusado.

O primeiro anteprojeto cuida da defesa técnica, cuja ausência infringe a garantia do contraditório, e da defesa deficiente que, embora tecnicamente situada em outro plano, conduz ao mesmo resultado. Exige-se, pois, do defensor empenho na demonstração da tese da defesa mediante manifestação fundamentada.

O segundo anteprojeto trata do interrogatório, como momento no qual se concretiza de modo essencial a autodefesa. Segundo a moderna doutrina processual, o interrogatório, muito mais do que meio de prova (embora as afirmações do suspeito ou acusado possam constituir *fonte* de prova), é considerado meio de defesa. O tratamento do interrogatório no Código de Processo Penal é totalmente inadequado, vulnerando o direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado, e o princípio segundo o qual a única presunção aceitável

no campo penal é a de inocência, não podendo existir presunções contra o suspeito ou acusado.

Inovou-se, conseqüentemente, com relação às regras atinentes ao interrogatório, inclusive para desfazer uma série de controvérsias jurisprudenciais. As alterações foram propostas no sentido de: a) assegurar a presença de defensor no momento do interrogatório; b) proibir sua realização à distância quando o acusado estiver preso; c) cientificar o acusado do seu direito de permanecer calado; d) assentar que o silêncio não importa em confissão e tampouco pode prejudicar a defesa; e) separar claramente o ato do interrogatório em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado (para o efeito, principalmente, de eventual individualização da pena) e a segunda sobre os fatos; f) garantir a participação das partes no interrogatório, para complementá-lo no que for pertinente e relevante; g) conferir às partes o direito de requerer novo interrogatório do acusado em pedido fundamentado.

5.5 – Dos três anteprojetos sobre provas, um cuida da prova pericial, tratando de simplificar e agilizar, de um lado, a produção de perícias, notadamente nas regiões mais distantes e desprovidas de recursos e, de outro, garantir às partes o mais adequado acompanhamento e o contraditório sobre a perícia produzida. Assim, reduz-se o número dos peritos oficiais a um só, em cuja falta a perícia poderá ser realizada por duas pessoas idôneas, preferencialmente escolhidas entre as que tiverem habilitação técnica; e faculta-se à acusação e à defesa, bem como ao ofendido, a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos.

O segundo anteprojeto trata da prova testemunhal, objetivando a agilização dos procedimentos e a maior fidelidade possível dos depoimentos, na medida em que se possibilita seu registro até mesmo por meios audiovisuais. A imediação do juiz com as provas e com as partes, e destas com as provas e o juiz demanda que as perguntas sejam formuladas diretamente às testemunhas, seguindo a técnica da *cross examination*, cabendo ao juiz indeferir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Finalmente, era preciso disciplinar as provas obtidas por meios ilícitos, cuja admissibilidade é vedada pelo art.5, inc.LVI, da Constituição Federal. Com base na doutrina e na jurisprudência, conceituam-se elas como as colhidas em violação a princípios e normas constitucionais e se determina seu desentranhamento do processo e arquivamento sigiloso em cartório, caso venham a ser introduzidas nos autos. Também se impede que o juiz que delas tenha tido conhecimento profira a sentença. Deixa-se em aberto a aplicabilidade, ou não, do princípio da proporcionalidade, que no Brasil ainda carece ser mais trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência, mas se estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, de acordo com a teoria dos "frutos da árvore envenenada", com as cautelas aceitas pela jurisprudência norte-americana: ou seja, a inadmissibilidade fica restrita aos casos em que fique evidenciado o nexo de causalidade entre as ilícitas e as lícitas e quando se verificar que as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

5.6 – Outro anteprojeto visa a aperfeiçoar, não só tecnicamente, mas também do ponto de vista prático, a redação do art. 366 do Código de Processo Penal. No aspecto técnico, objetiva-se superar a falha consistente em ter-se como suspenso o processo ainda não completamente formado. Quanto ao prático, pretende-se solucionar os pontos controvertidos, quais sejam: a) o referente à situação do acusado que, para não comparecer, se furta propositadamente ao recebimento da citação inicial, aplicando ao caso a citação por hora certa; b) a fixação do prazo da suspensão do lapso prescricional, observado o máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato; c) a atribuição, com exclusividade, ao juiz da ordenação da produção antecipada de provas; d) a presença do M.P. e de defensor nomeado para o acusado na produção das provas antecipadas; e) a definitiva formação do processo, efetuada a citação por edital, somente quando do comparecimento do acusado em juízo, defendendo-se efetivamente.

5.7 – O júri também passou por profundas modificações, a começar pelo procedimento perante o juiz singular. Seguindo o modelo do procedimento comum, sumário ou ordinário, que prevê o contraditório antes do recebimento da denúncia, o juiz preparador deverá necessariamente determinar a inquirição de testemunhas, até o máximo de 5 para cada parte, e o interrogatório, além da realização das diligências requeridas pelas partes, e só depois, fundamentadamente, decidir sobre a admissibilidade da acusação. Recebendo a denúncia, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficien-

tes de autoria ou participação. Não se convencendo, impronunciará o acusado. Poderá, ainda, absolvê-lo sumariamente.

Na pronúncia, o juiz não fica adstrito à classificação do crime, atendendo-se às regras sobre a *mutatio libelli*. Reduz-se a influência que a motivação da pronúncia possa exercer sobre os jurados.

Pronunciado o acusado, proceder-se-á ao desentranhamento dos autos da investigação policial, com exceção das provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, exatamente como ocorre nos procedimentos comuns, ordinário e sumário. Na técnica descrita, ressalta a desnecessidade de libelo, devendo os autos, após a preclusão da decisão de pronúncia, serem remetidos imediatamente ao Tribunal do Júri, com o que se ganha em celeridade e eficiência.

A preparação do processo para julgamento em plenário é simples e rápida, mas revela momento extremamente importante, pois prevê a deliberação do Juiz Presidente sobre a realização de diligências para sanar nulidades ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa. É nesse momento que o juiz fará o relatório do processo e não em plenário, sendo esse relatório uma das peças obrigatoriamente remetidas aos jurados com o expediente de convocação, com o que se permite o conhecimento antecipado da causa.

Com relação ao plenário, democratizam-se as regras sobre o alistamento dos jurados e se prevê a exclusão da lista geral, pelo prazo de dois anos, daquele que tiver integrado o Conselho de Sentença no ano anterior. É suprimido o recurso contra a decisão (ad-

ministrativa) que incluir jurado na lista geral ou dessa o excluir. Modernizam-se as normas sobre escusas de jurados. Esses têm mais liberdade e oportunidade de participação, permitindo-se-lhes examinar os autos a qualquer momento e não apenas na sala secreta.

Aperfeiçoam-se as regras sobre o desaforamento, que também poderá ser determinado, em razão de comprovado excesso de serviço, a pedido do acusado, ouvida a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 meses, contados do trânsito em julgado da decisão de pronúncia e garantida ao acusado, na hipótese de não haver excesso de serviço, o requerimento ao Tribunal de segundo grau de imediata realização do julgamento.

Toda a instrução será feita em plenário, onde se proíbe, como regra, o uso de algemas. Prevê-se a realização do julgamento sem a presença do acusado que, em liberdade, pode exercer a faculdade de não comparecer, como corolário do direito ao silêncio. A prisão provisória, que era regra, converte-se em exceção, de modo que a exigência do acusado solto em plenário como condição de julgamento já não se harmoniza mais com o sistema.

O questionário é simplificado ao máximo, devendo os quesitos serem formulados na seguinte ordem: a) materialidade do fato; b) autoria ou participação; c) se o acusado deve ser absolvido ou condenado. No caso de condenação: d) se existe causa de diminuição alegada pela defesa; e) se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia. Uma série de normas didáticas, sobre o en-

caminhamento dos quesitos, visa a evitar nulidades, tão comuns nesse campo. São mantidas a incomunicabilidade dos jurados e a sala secreta.

O Juiz Presidente, no caso de condenação, fixará a pena base, considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates, imporá os aumentos ou diminuições de pena em atenção às causas admitidas pelo júri e observará o disposto no artigo 387, no que for cabível. Suprime-se o Protesto por Novo Júri.

A reforma proposta visa sobretudo à agilização, descomplicação e racionalização dos processos de competência do Tribunal do Júri, reforçando a prova produzida perante o Conselho de Sentença, sem descuidar das garantias do acusado.

5.8 – O anteprojeto sobre recursos objetiva, também, sua racionalização e agilização. Caberá a apelação das sentenças, assim entendidas as decisões que encerram o processo, com ou sem julgamento do mérito. Todas as decisões interlocutórias, definidas como as que não encerram o processo, serão recorríveis de agravo. E permanece a irrecorribilidade dos despachos de mero expediente. Os recursos serão sempre voluntários, ressalvada a peculiaridade do procedimento dos embargos infringentes.

O agravo será retido, salvo nos casos de instrumento, taxativamente previstos. O agravo retido terá apenas efeito devolutivo e o de instrumento também terá efeito suspensivo nos casos em que, a critério do juiz e sendo relevante a fundamentação do pedido, da decisão possa resultar lesão grave ou de difícil repara-

ção. Norma de organização judiciária poderá instituir órgão do tribunal, com competência funcional, para decidir sobre a admissibilidade do agravo de instrumento e quanto ao efeito suspensivo, bem como sobre a recorribilidade de suas decisões. Mantém-se a regra da interposição do agravo perante o juiz de primeiro grau, mais consentânea às peculiaridades das causas penais.

As principais mudanças com relação à apelação são as que dizem respeito à prisão: a apelação da sentença terá efeito suspensivo, podendo o juiz decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação. Revoga-se o dispositivo que prevê a deserção da apelação em caso de fuga. Além disso, transmudam-se para o campo penal as regras sobre a extensão e a profundidade da matéria devolvida ao conhecimento do tribunal, fixadas no Código de Processo Civil.

Abolido o Protesto por Novo Júri, dá-se tratamento inteiramente novo ao procedimento recursal dos embargos infringentes, mantida a hipótese de cabimento no caso de decisão não unânime, na apelação ou no agravo, desfavorável ao acusado. Essa decisão não terá eficácia enquanto não for complementada pelo julgamento dos embargos infringentes, que deverá vir no prazo de 10 dias, independentemente de recurso, garantida às partes a apresentação de razões.

Os embargos de declaração sofreram mudanças terminológicas, aderentes aos ensinamentos da doutrina, seguindo a técnica utilizada no Código de Proces-

so Civil, inclusive em relação à interrupção do prazo para a interposição de outro recurso por qualquer das partes, mas sem a incidência da multa, incompatível com o sistema penal. Assenta-se que os embargos poderão ter efeito modificativo, exclusivamente na medida do esclarecimento da obscuridade, da eliminação da contradição ou do suprimento da omissão, o que é pacífico hoje na doutrina e na jurisprudência cível.

Finalmente, a revisão criminal e o *habeas corpus*, cujas disposições ficaram inalteradas, exceto no que se refere à inserção da intimação da designação da sessão de julgamento nesse último, são corretamente inseridas no Título III, intitulado "Ações de Impugnação", do Livro III, que passa a chamar-se "Das nulidades, dos recursos e das ações de impugnação".

6 – Af está, em apertada síntese, a proposta de reforma do Código de Processo Penal, apresentada pela comissão indicada na parte inicial deste trabalho. Cabe, agora, aos operadores do direito e à sociedade em geral examiná-la, apreciá-la, criticá-la, debatê-la e oferecer sugestões, contribuindo para seu aperfeiçoamento. Tudo no intuito comum de dotar o Brasil de instrumentos modernos e adequados, na ótica de um processo que deve assegurar, com eficiência e presteza, a aplicação da lei penal, realçando ao mesmo tempo as garantias próprias do modelo acusatório.

REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO

Alexandre de Moraes

Promotor de Justiça da Capital – Assessor do Procurador-geral de Justiça. Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Direitos Humanos no Curso Preparatório para Concursos Jurídicos – CPC e nas Escolas Superiores dos Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo e Bahia. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e coordenador da coleção Fundamentos Jurídicos – Editora Atlas. Autor de diversas obras jurídicas, dentre elas: Direito Constitucional, Direitos Humanos Fundamentais e Reforma Administrativa – EC nº 19/98 e co-autor de Juizado Especial Criminal, Legislação Penal Especial e Os 10 anos da Constituição Federal, todos pela Editora Atlas.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO; 2 - DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA; 3 - CRISE NO SISTEMA REPRESENTATIVO; 4 - PARTIDOS POLÍTICOS - O DESVIRTUAMENTO DA PROPORCIONALIDADE PARLAMENTAR E O TOTAL DESLIGAMENTO DO PARLAMENTAR COM SEU PARTIDO POLÍTICO; 5 - GRUPOS DE PRESSÃO; 6 - FORTALECIMENTO EXAGERADO DOS GRUPOS DE PRESSÃO DIRETA E INDIRETA E ENFRAQUECIMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS; 7 - MODOS DE ABORDAGEM E CONTATO ENTRE OS GRUPOS DE PRESSÃO E O GOVERNO. TÉCNICAS DE PERSUASÃO DOS GRUPOS DE PRESSÃO; 8 - TERMO LOBBY; 9 - NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE DOS GRUPOS DE PRESSÃO; 10 - PARTICIPAÇÃO POPULAR - PLEBISCITOS/REFERENDOS/INICIATIVA DE LEI; 11 - CONCLUSÕES; 12 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo centrado nas dificuldades da representação política enquanto sustentáculo da democracia. A partir de uma breve análise sobre as noções democráticas e a representação política, constatar-se-á que a crise da representação popular e a própria organização e funcionamento dos partidos políticos - que não conseguiram evoluir no sentido de servirem como eficazes instrumentos de efetiva representação dos interesses do povo no Parlamento - incentivaram o surgimento e fortalecimento de novos caminhos de representação popular no processo decisório do Estado.

Dessa forma, paralelamente ao retorno de institutos antigos de democracia semi-direta, a vida política estatal vê de forma crescente a participação da própria sociedade civil na tomada de decisões políticas, ora de forma organizada (associações, grupos de pressão, direito de petição), ora de forma desorganizada e efêmera, no exercício do direito de reunião e manifestação (passatas em defesa de específico objeto)¹.

Da democracia meramente representativa passamos à democracia participativa, em que, ao lado dos tradicionais partidos políticos, passamos a encontrar a própria sociedade civil tentando concretizar a vontade soberana do povo nas manifestações do Estado².

Neste estudo, serão analisadas breves considerações sobre essa complexa questão para, a partir de apontamentos de alguns problemas existentes, pensarmos em um novo modelo de aprimoramento da representação política no Estado, e, em especial, de aproximação dos partidos políticos com o povo.

2. DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritaris-

mo e concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais³.

Maurice Duverger, ao analisar a complexidade da conceituação da democracia, nos aponta “a definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”⁴. Destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, de fato, “a Democracia, no plano político, que é a máxima identificação dos governantes e dos governados, implica num estatuto do poder. Um estatuto tal que os governantes sejam a imagem dos governados”, para a seguir concluir que “a Democracia, como Proteu, muda freqüentemente de aparência. Quem tentar examiná-la no pormenor na maior parte das vezes ficará desnortado. Depois de haver consagrado tantos capítulos à Democracia, ei-la que retorna com uma nova roupagem”⁵.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com

3 VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981. p. 589.

4 DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970. p. 387.

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966. p. 99. Conferir, ainda, sobre a definição de democracia: CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais e representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 09.

1 Conferir extenso e completo estudo sobre a soberania popular: BAPTISTA, Eduardo Correia. *A Soberania Popular em Direito Constitucional. Reflexões Constitucionais - Nos 20 anos da Constituição de 1978*. organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1. p. 481.

2 Importante classificação em relação à participação política do cidadão é feita por Daimo Dallari ao apontar que “no relacionamento entre o governo de um Estado e os seus cidadãos que possam exercer direitos políticos há quatro atitudes possíveis: adesão, colaboração, omissão e oposição” (DALLARI, Daimo de Abreu. *O renascer do direito* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 124.)

eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado no *caput* do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado *princípio democrático* ao afirmar que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”, para mais adiante, em seu artigo 14 proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular”.

Canotilho e Moreira informam o alcance do *princípio democrático*, dizendo que “A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluri-dimensional. Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da *teoria democrática-representativa* (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fun-

damentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática, etc.)”⁶.

Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir-se o respeito à soberania popular, no sentido que lhe empresta Marcello Caetano, para quem a *soberania* consiste em “um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”⁷.

Podemos citar, a título exemplificativo, várias Constituições estrangeiras que expressam o necessário exercício da soberania popular na condução dos negócios políticos do Estado:

- *Artigo 48, item 1, da Constituição da República Portuguesa* - Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição* Coimbra: Coimbra, 1991, p. 195.

7 CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1, p. 169.

- *Artigo 49 da Constituição da República Portuguesa* - Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico.
- *Artigo 108 da Constituição da República Portuguesa* - O poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição.
- *Artigo 109 da Constituição da República Portuguesa* - A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos públicos.
- *Artigo 48 da Constituição da Itália* - São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que atingirem a maioridade. O voto é pessoal e igual, livre e secreto. O seu exercício é dever cívico. O direito de voto não pode ser limitado, exceto por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral, indicados pela lei.
- *Art. 20 da Lei Fundamental Alemã* - Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.
- *Art. 134 da Constituição da República de Cuba* - Em toda eleição e nos referendos, o voto é livre, igual e secreto. Cada eleitor tem direito a um só voto.

- *Artigo 23 da Constituição espanhola* - Os cidadãos têm o direito a participar dos assuntos públicos diretamente ou por meio de seus representantes, livremente eleitos em eleições periódicas por sufrágio universal.
- *Artigo 68 da Constituição espanhola* - O Congresso se compõe de um mínimo de 300 e um máximo de 400 Deputados, eleitos por sufrágio universal, livre, igual, direto e secreto, nos termos estabelecidos na lei.
- *Artigo 43 da Constituição da Confederação Suíça* - Qualquer cidadão de um cantão é cidadão suíço. A este título, pode tomar parte, no lugar do seu domicílio, em todas as eleições e votações em matéria federal, após ter devidamente justificado a sua qualidade de eleitor.
- *Artigo 37 da Constituição da Nação Argentina* - Essa Constituição garante o pleno exercício dos direitos políticos, com respeito ao princípio da soberania popular e das leis que editem em consequência. O sufrágio é universal, igual, secreto e obrigatório. A igualdade real de oportunidades entre homens e mulheres para o acesso a cargos eletivos e partidários se garantirá por ações positivas na regulamentação dos partidos políticos e em seu regime eleitoral.

Como é possível verificar, a partir do Direito Constitucional comparado, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da democracia representativa, sem contudo descuidar-se da democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que fa-

vorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização)⁸.

Carl J. Friedrich define a representação política como "o processo por meio do qual a influência de toda a cidadania, ou parte dela, sobre a ação governamental, se exerce, com sua aprovação expressa e em seu nome, por um pequeno número de pessoas, com efeitos obrigatórios para os representados"⁹.

Ressalte-se, porém, que a representação política não deve ser meramente teórica, pois uma democracia autêntica e real exige efetiva participação popular nas decisões governamentais, e, em especial, na escolha de seus representantes. Mister se faz a adequação de mecanismos que ampliem a eficácia da representatividade, sejam preventivos, a partir de um maior interesse do cidadão nas eleições, sejam repressivos, por meio de práticas de democracia semidireta, pois, como adverte Dalmo Dallari, a crise da democracia representativa pode gerar regimes autoritários pois "se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições"¹⁰.

8 Como salienta Dalmo Dallari, "a atividade de governo é essencialmente política e só por inconsciência ou demagogia é que alguém, participando de um governo, pode afirmar-se apolítico" (op. cit. p. 93).

9 FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno Constitucional Y Democracia* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 16 e segs.

10 DALLARI, op. cit. p. 131.

3. CRISE NO SISTEMA REPRESENTATIVO

Diferentemente do Estado Liberal, em que o Poder Legislativo enquanto detentor da vontade geral do povo predominava dentre os demais poderes, a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando a um segundo plano o Parlamento e, conseqüentemente, os partidos políticos, e fazendo surgirem, com mais força e vitalidade, por absoluta necessidade, outros atores da competição política. Assim, a idéia básica do Estado Liberal, no qual a crença da soberania popular e da representação política permaneciam intocáveis, como instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder, foi afastada pela chegada do Estado Social, como bem salientado por Fábio Konder Comparato, demonstrando, claramente, que diante das grandes transformações socioeconômicas, os representantes do povo muito pouco decidem e os que decidem carecem de grande representatividade política¹¹.

O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir-se a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar¹².

Dentre outras importantes causas, poder-se-iam

11 COMPARATO, Fábio Konder et al. *Brasil sociedade democrática* Rio de Janeiro: José Olympio, 1985. p. 368.

12 Maurice Duverger, em relação à representação política, afirma que "o problema fundamental consiste em medir o grau de exatidão da representação, isto é, o grau de coincidência entre a opinião pública e a sua expressão parlamentar" (DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970. p.406).

apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: *o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.*

A crise representativa demonstra uma maior necessidade de reaproximação do povo com o governo, ou seja, dos representados com os representantes¹³.

Essa reaproximação traz novamente à tona o combate entre as idéias de representante-delegado e representante-fiduciário. A primeira idéia consiste no mandato imperativo defendido por Rousseau, que aponta que "a soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não retificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca"¹⁴. A segunda consiste na idéia de mera representa-

13 Dalmo de Abreu Dallari faz consciente análise da crise do Estado e crise de Governo: op. cit. p. 95 e segs. Conferir, ainda, sobre a crise e deformação do sistema representativo: SILVA, José Alonso. *Perspectivas e Futuríveis*. Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 145.

14 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social* - tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edouro, 1995. p. 105.

ção, com características bem definidas, como ressaltado por Norberto Bobbio para quem "as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria"¹⁵.

Nesse sentido, Dalmo Dallari afirma que "é indispensável que se queira, efetivamente, melhorar o sistema representativo. Como é evidente, a manutenção de falhas e dos vícios aumenta o descrédito dos corpos representativos e o conseqüente desinteresse popular pelas eleições"¹⁶.

A crise no sistema representativo faz com que haja o crescimento das reivindicações pela desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e participação da vontade geral. Paralelamente a essa crise das instituições políticas,

15 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42.
16 O renascer do direito. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132. Nesse mesmo sentido salienta Mônica Cagliano, ao analisar a representação política, afirmando haver necessidade de "nova abordagem da mecânica representativa, agora já não mais quanto à ótica do veículo, mas colocando sob mira precisa e direta as técnicas utilizadas no âmbito do processo pelo qual o povo intervém no jogo político, selecionando e indicando seus representantes" (CAGLIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997. p. 02).

desenvolve-se uma grave e séria crise das formas de trabalho, da organização econômica, das relações dos vários setores do capital, do sistema empresarial, do sistema sindical, do papel do Estado no sistema produtivo. Essas idéias somadas acabam por desaguar, inesoravelmente, na crise dos partidos, do engrandecimento dos movimentos sociais e no neocorporativismo.

A crise partidária caracteriza-se, basicamente, pela incapacidade dos partidos em filtrar as demandas e reclamos sociais e transformá-los em decisões políticas. Conforme já ressaltado, a crescente presença do Estado na ordem econômica e o crescimento da burocracia estatal terminaram por fazer dos partidos meros indicadores de burocratas para a ocupação de cargos de relevância e não mais verdadeiros defensores dos ideais populares pelos quais seus representantes foram eleitos.

Dessa forma, o partido político deixa de constituir-se no único, e talvez deixe também de constituir-se no mais importante coletor das aspirações populares e direcionador das decisões políticas do Estado¹⁷.

Em virtude disso, Carl J. Friedrich, após analisar inúmeras formas de representação política, aponta seus diversos problemas e conclui pela necessidade de uma reformulação na idéia de fundar a democracia na representação política territorial - representantes/representados - entendendo necessária uma maior participação popular, por meio de grupos de pressão¹⁸.

17. José Filomeno de Moraes Filho aponta algumas causas do desprestígio dos partidos políticos no Brasil (*A construção democrática*. Fortaleza: UFC, 1998, p. 71).

18. FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno Constitucional Y Democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 16 e segs.

A partir do declínio do sistema representativo político, surgem diversos grupos de participação política que, juntamente com os partidos políticos, tornam-se importantes atores da competição, pois, como lembra Mônica Caggiano "o que se busca hoje, na realidade, é a identificação máxima entre sujeitos e titulares do poder, porquanto nos moldes democráticos deve restar assegurado aos próprios governados o exercício do poder político"¹⁹.

A ausência de correspondência da democracia meramente representativa aos anseios populares, portanto, abriu caminho para a democracia participativa, na qual os grupos de pressão surgem para exigir seu espaço no cenário do exercício do poder político.

Na democracia participativa é inevitável a idéia de existência de grupos de pressão que passam a dividir com os partidos políticos a participação no processo decisório. Essa maior participação eleva os custos da democracia, por provocar a politização dos diversos segmentos sociais, porém diminui os riscos externos de a decisão ser afastada por ausência de legitimidade popular.

Portanto, a partir da crise enfrentada pelo sistema representativo, bem como pela acentuada substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, deixa o Partido Político de ser o único ator nas decisões governamentais, passando a atuar paralelamente com as associações gerais, as associações especificamente com fina-

19. CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. 1997. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1997, p. 06.

lidades políticas (*lobbies*), os grupos institucionais (sindicatos), os grupos anônimos e a própria imprensa. A par desse ingresso da democracia participativa na tomada de decisões governamentais, valorizam-se os instrumentos de participação mais direta do povo nas decisões políticas, revitalizando-se os institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

Essa constatação é confirmada por F. Badia ao lembrar que “já há algum tempo, os cientistas da política vêm dispensando atenção cada vez com maior frequência e com um maior conhecimento do assunto, à influência que as forças econômicas, sociais, espirituais organizadas vêm exercendo sobre todos os regimes políticos, na sua atividade legislativa e governamental, mas em especial sobre os regimes de democracia pluralista. Em anos recentes, houve uma proliferação de estudos sobre essa questão, em particular nos países anglo-saxônicos e na França”, para concluir que “a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional, correspondem - segundo Sartori - grupos de pressão que, em um certo sentido, serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam”²⁰.

Essa evolução, coordenada pela necessidade histórica de maior proximidade e participação popular na tomada das decisões políticas, torna necessário o estudo dos principais atores políticos na democracia participativa, quais sejam, os partidos políticos e os diversos grupos de pressão (associações, reuniões, *lobbies*, sindicatos); além do que, se torna imprescindível a

20 F. BADIA. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987, p. 21

análise da nova atuação popular por meio dos mecanismos de democracia semidireta e uma reformulação no mecanismo de atuação partidária.

4. PARTIDOS POLÍTICOS - O DESVIRTUAMENTO DA PROPORCIONALIDADE PARLAMENTAR E O TOTAL DESLIGAMENTO DO PARLAMENTAR COM SEU PARTIDO POLÍTICO

A Constituição Federal regulamentou os partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei²¹.

A Carta Magna assegura aos partidos políticos

21 Raul Machado Horta, ao analisar historicamente a importância do surgimento dos Partidos Políticos, recorda que “o funcionamento do regime de governo é fortemente influenciado pela atuação dos partidos políticos e muitas vezes essa influência altera as regras jurídicas que estruturam o regime nas normas constitucionais... A emergência do Partido Político deslocou o centro das decisões no regime parlamentar. Mathiot assinou que o elemento essencial do parlamentarismo continental europeu, como no regime parlamentar, de modo geral, reside na responsabilidade do Governo perante a Câmara, enquanto no parlamentarismo britânico a atuação dos Partidos Políticos modificou a relação para tornar a responsabilidade política de natureza eleitoral e não apenas parlamentar” (*Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 704).

autonomia²² para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecerem normas de fidelidade e disciplina partidárias, sendo vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Os partidos políticos após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

A necessidade de organização de Partidos Políticos surge com a perspectiva de racionalização do poder, que, conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é “segundo MIRKINE-GUÉTZÉVICH, o pai da expressão, um esforço para *enfermer dans le réseau du droit écrit l'ensemble de la vie politique*”, concluindo que foi ela, inicialmente, “uma tentativa de suprir, por meio de regras jurídicas, a ausência das condições necessárias ao desenvolvimento da Democracia”²³.

Os partidos políticos são instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito²⁴, devendo o ordenamento jurídico consagrar plena liberdade de criação, organização, fun-

cionamento e extinção²⁵.

Porém, a crise do sistema representativo encontra-se umbilicalmente ligada à crise dos partidos, pois, conforme salienta Miguel Reale Júnior, “enquanto na Europa vive-se a crise da democracia dos partidos, partidos de massa que se revelam incapazes de satisfatoriamente aglutinar os segmentos sociais, de se fazerem intérpretes das aspirações concretas, veículos impróprios para efetiva participação política, no Brasil é mister iniciar a obra da ligação entre a *Sociedade Civil e o Estado pelo fortalecimento dos partidos políticos*”²⁶.

A Democracia de partidos, portanto, apresenta diversos problemas que devem ser solucionados e adequados aos novos métodos políticos, desde a própria existência de democracia interna até a própria imposição majoritária de suas idéias em respeito aos direitos da minoria²⁷.

Como exemplo de adequação, podemos citar o artigo 114 da Constituição da República Portuguesa ao prever que “os partidos políticos participam nos órgãos baseados no sufrágio universal e directo, de acordo com

25 Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “consequência lógica da concepção “molecular” da Democracia, a liberdade de criação dos partidos é consagrada pela ordem constitucional democrática... Adotam assim a tese pluralista, considerando que a possível fragmentação da vontade política do povo é um mal menos grave do que a sua apropriação por um grupo, que logo degenerará em oligarquia” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1986. p. 114).

26 REALE JR, Miguel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1992. p. 113.

27 Antonio D'Antena salienta a necessidade de tutelar-se os interesses políticos da minoria, no sistema majoritário, afirmando, inclusive, a substituição da expressão “princípio majoritário” pela expressão “princípio majoritário-minoritário” (Il Principio Democratico Nel Sistema Dei Principi Costituzionali. *Perspectives Constitutionnelles - Nos 20 ans de la Constitution de 1976* organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1. p. 446).

22 Cf. sobre o tema: STRASSER, Carlos. *Teoría del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 34.

23 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1986. p. 21.

24 CHIMENTI, Carlo. *Manuale di Diritto Pubblico*: vários autores. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 286. Confira, ainda, STRASSER, Carlos. *Teoría del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 34.

a sua representatividade eleitoral, reconhecendo às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei”.

A título exemplificativo, entendemos importante citar algumas previsões constitucionais sobre partidos políticos do direito comparado:

- *Artigo 51 da Constituição da República Portuguesa* - A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político..... Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros.
- *Artigo 49 da Constituição da Itália* - Todos os cidadãos têm direito de se associar livremente a partidos para concorrerem, com método democrático, na determinação da política nacional.
- *Artigo 21 da Lei Fundamental Alemã* - Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A fundação é livre. A sua organização interna tem de corresponder aos princípios democráticos. Eles têm de prestar contas publicamente sobre a origem e a aplicação de seus recursos, bem como sobre seu patrimônio.
- *Artigo 38 da Constituição da Nação Argentina* - Os partidos políticos são instituições fundamentais do sistema democrático. Sua criação e o exercício de suas atividades são livres dentro do respeito a esta Constituição, que garante sua organização e funcio-

namento das minorias, a competência para a postulação de candidatos a cargos públicos eletivos, o acesso à informação pública e a difusão de suas idéias.

Os partidos políticos e o próprio jogo democrático, portanto, enquanto instrumentos de formação e expressão da vontade política popular devem sofrer alguns aprimoramentos, sempre com a finalidade já ressaltada de aproximação da vontade do povo àquela expressa pelo Parlamento.

Esse aprimoramento inicial deve surgir em relação às regras de participação partidária e acesso à disputa de cargos eletivos, uma vez que nossa Constituição Federal somente permite a elegibilidade por meio de filiação partidária²⁸.

A reforma política do Estado necessita, pois, de uma maior democratização nos quadros partidários, possibilitando o acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendam disputar cargos eletivos.

Dalmo Dallari reforça os defensores da necessidade de uma reforma política urgente, acrescentando que “o interesse popular só virá com a melhoria do sistema de escolha dos representantes. E para que isso ocorra é indispensável um debate amplo e sem condicionamentos prévios, para que da própria realidade brotem soluções, de nada adiantando a fixação teórica e artificial de preceitos e diretrizes, muito bons em tese mas completamente desligados da realidade”.²⁹

28 O sistema eleitoral brasileiro na atualidade é analisado por Clémerson Merlin Clève (*Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 91).

29 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 132. Conferir, ainda, sobre a necessidade de uma reforma partidária urgente: TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 32.

Maurice Duverger nos aponta alguns problemas relacionados à democracia de partidos, afirmando que “a estrutura interna dos partidos pode modificar, muito profundamente, esse estado de coisas. Os partidos de quadros, que não têm base financeira sólida e vivem em perpétuas dificuldades de dinheiro, são sempre sensíveis aos candidatos que custeiam os gastos da campanha: oficialmente, o partido escolhe o candidato; praticamente, a investidura se obtém sem grandes dificuldades.... O grau de centralização do partido exerce, igualmente, influência sobre a liberdade das candidaturas. Em partidos descentralizados, os candidatos são escolhidos no escalão local, por diretórios que sofram, facilmente, a influência das personalidades da terra; nos partidos centralizados, em que a direção nacional aprova as candidaturas, a investidura partidária se obtém menos facilmente”³⁰.

Essa maior democracia interna nos partidos políticos evitaria a indesejada proliferação partidária³¹, com

30 DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970, p. 393.

31 *A multiplicação partidária é criticada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho da seguinte forma: “Qual a razão que leva a essa multiplicação de partidos? Há, sem dúvida, condições sociais que estimulam essa multiplicidade partidária. Um estudioso politicamente correto arrolaria aqui as diversidades regionais, as desigualdades, a pluralidade de idéias e doutrinas políticas, os reflexos da história, etc. Estaria certo; no secundário, não se teria apercebido do principal. Na verdade, salvo casos excepcionais de partidos programáticos, o partido é visto no Brasil como um instrumento, e nada mais do que isso, para a conquista do poder, ou, talvez, mais precisamente, para o acesso ao poder. Aquele que pretende alcançá-lo (a prazo mais curto), elegendo-se governador, ou Presidente da República, entra para um dos grandes, o que o mais das vezes se tornaram grandes por terem sido o partido do governo ou o partido da oposição em vias de se tornar governo. O que vê esse caminho barrado por outros, que foram mais rápidos, não raro cria o seu partido, com o qual abre caminho para partilhar das barganhas políticas e, sobretudo, para ter acesso à propaganda gratuita pelo rádio e pela televisão” (O parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 83).*

a criação de inúmeros partidos sem qualquer mensagem ideológica ou social, simplesmente como “meras legendas de aluguel” que, ao invés de fortalecerem a democracia, acabam por fragilizá-la e ridicularizá-la perante o eleitorado.

Essa fragilização da democracia, em virtude da proliferação partidária, também é salientada por Dalmio Dallari, ao verificar o pressuposto de que “cada partido político representa um diferente ponto de vista quanto a aspectos básicos da organização social ou quanto à orientação política do Estado” e, logo após, concluir que “é inútil do ponto de vista político, e sem qualquer autenticidade, um sistema de partidos que, além de não serem veículos de idéias e aspirações, são muito semelhantes entre si e não têm qualquer interferência nas modificações da estrutura social e muito menos na composição e orientação do Governo”³².

Concordamos, pois, com a crítica feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em relação à multiplicação infinita dos partidos, ao expor que as democracias “não pretendem contudo estimular a multiplicação infinita dos pequenos partidos. Ao mesmo tempo em que deixam a porta aberta à formação de novos partidos correspondendo a novas idéias, a novas necessidades, tentam impedir a constituição de pequenas facções, de pequenos grupos inexpressivos, mas, por vezes, perigosos. De fato, tais grupos são mais facilmente corrompidos pelo dinheiro, ou conquistados por uma camarilha, do que defluem interferências indevi-

32 DALLARI, op. cit., p. 134.

das no processo de formação da vontade geral. Em si mesma, a multiplicidade dos partidos é um obstáculo ao funcionamento do regime parlamentar, pois, se nenhum dos partidos tem a maioria absoluta, os governos são necessariamente de coalizão e, em consequência, quase tíbios e instáveis”³³.

Equacionados esses problemas de organização partidária, retorna-se à idéia da necessidade de equacionamento de três básicos problemas da democracia representativa: *o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.*

A representação proporcional parlamentar pretende assegurar a cada partido político uma representação no Parlamento correspondente a sua força numérica na sociedade, de maneira a refletir-se no Poder Legislativo, da maneira mais transparente e próxima possível, as diversas ideologias presentes na comunidade³⁴.

33 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista brasileira de estudos políticos, 1966. p. 114.

34 Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica a opção pelo sistema proporcional, afirmando que “Justifica-se essa representação proporcional pela justiça, ou seja, aponta-se que ela dá ao partido força equivalente na Câmara àquela que tem no eleitorado. Ao contrário, todo sistema majoritário tende a provocar a super-representação da maioria, sub-representação da minoria, ou das minorias. Seria, pois, injusto. Mas a questão não é de justiça, é de governabilidade. O sistema majoritário leva à definição de uma maioria no Parlamento, seja a de um partido no bipartidarismo à inglesa, seja a de uma coalizão relativamente estável no pluripartidarismo à francesa; a representação proporcional, não. Por isso, o sistema majoritário dá sustentação ao governo e, assim, enseja a governabilidade, enquanto a representação proporcional não dá sustentação ao governo, muito menos favorece a governabilidade. Ademais, a representação proporcional não contribui para a democratização das instituições e do Parlamento. Sim, porque a maioria que há de pronunciar-se pelas Câmaras constituídas pela representação proporcional é fruto não da votação popular, mas das articulações de Gabinete, das barganhas, do fisiologismo, do “é dando que se recebe” (O parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 86).

Esse critério, porém, sofre no Direito brasileiro um grave desvirtuamento, pois a Constituição Federal determina a realização dos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados na Câmara dos Deputados, o que acaba por perpetuar a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer regra democrática básica da *igualdade do voto* – ONE MAN ONE VOTE.

Obviamente, não se poderia pensar em reforma política do Estado sem o equilíbrio dessa grave distorção democrática, que acaba por distanciar a vontade expressa pelo Parlamento, da vontade da maioria popular.

O total desligamento do parlamentar com seu partido político após a eleição é outro grave problema da democracia representativa, que acaba por distanciar a vontade popular da expressão parlamentar³⁵.

Aprimorando-se a democratização interna dos Partidos Políticos, bem como a proporcionalidade representativa, haveria a possibilidade de introduzir-se no sistema político brasileiro algumas normas de fidelidade partidária³⁶.

Note-se que a realização das duas primeiras medidas parece-nos condição essencial para a introdução dessas últimas regras, sob pena da introdução de uma ditadura de partidos políticos.

35 Michel Temer coloca-nos algumas constatações em relação às eleições e Partidos Políticos: Constituição e política. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24.

36 A fidelidade partidária é brevemente analisada por José Filomeno de Moraes Filho (A construção democrática. Fortaleza: UFC, 1998. p. 41).

Dessa forma, inicialmente, não nos parece saudável à democracia a introdução da absoluta fidelidade partidária, inclusive com a perda do mandato político em razão de voto parlamentar contrário à indicação do Partido ou mesmo pela troca de Partido Político, pois isso poderia levar a um policiamento totalitário e arbitrário em relação à consciência parlamentar.

Não podemos deixar de ter em mente a advertência feita por Marcel Waline, quando aponta o perigo da doutrina absoluta de um partido político, afirmando que nessas hipóteses "a doutrina do partido se eleva, então; ao nível de uma *Weltanschauung*, isto é, de uma filosofia do mundo. Ela tem resposta para tudo. Mas, tenhamos precaução: desse fato só, que faz sua força, um partido dominado por uma doutrina tão larga, abrangendo todas as ordens de idéias, torna-se quase necessariamente um partido totalitário. Se ele triunfa e conquista o poder, o que é o objetivo de todo partido, vai pretender impor a todos os governados sua própria *Weltanschauung*. Assim, o partido que realiza plenamente sua definição e vocação, aquele que é absolutamente e cem por cento um partido, tende irresistivelmente, e pela força de uma lógica interna, à intolerância e ao totalitarismo"³⁷.

Porém, se a ameaça de uma ditadura de partidos políticos deve ser afastada, outras regras não tão extremadas poderiam ser adotadas, para que a representação popular no Parlamento configurasse mais fielmente o voto conferido nas urnas.

37 WALINE, Marcel. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 09.

Regras, como por exemplo, de adoção de uma espécie de *quarentena política* para o parlamentar que eleito por um determinado partido político – utilizando-se, pois, de seu coeficiente partidário – muda-se de partido sem uma justificativa plausível. Nessas hipóteses, o deputado ficaria inelegível por determinado tempo. Note-se que ao parlamentar deve sempre ser dado o direito de defesa, pois uma justificativa plausível para a troca partidária não poderia prejudicá-lo. Ou ainda, a impossibilidade de assunção do cargo de parlamentar ao suplente que antes de sua posse já mudara de partido, demonstrando assim, total desligamento com as idéias partidárias que o colocaram como suplente.³⁸

Interessante, também, seria a introdução de mecanismos constitucionais semelhantes ao *recall* norte-americano, concedendo-se ao eleitorado legitimidade para a propositura de procedimento de perda do mandato eletivo do representante cuja atuação parlamentar tenha violado os preceitos constitucionais e legais.³⁹

38 Note-se que, atualmente, conforme entende o Supremo Tribunal Federal "em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pela qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes" (STF - Pleno - MS nº 20.927/DF - Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 15 abr. 1994, p. 08.061). No mesmo sentido: STF - Pleno - MS nº 20.916/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 26 fev. 1993, p. 05.002.

39 Michel Temer, ao analisar o instituto do recall ou voto destituente, recorda que na Assembleia Nacional Constituinte "emenda nesse sentido foi proposta com a ressalva de que a lei complementar disporia sobre a forma de atingir essa penalidade", concluindo que "a nosso ver, a lei ficaria que certo número de eleitores (seja do Município, do Estado ou da União) teria legitimidade para delagar, perante a Câmara dos Deputados, o processo de responsabilização política conducente à destituição do governante" (*Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 22).

Por fim, a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento e outros órgãos do Governo representa tão grave perigo à democracia representativa e aos partidos políticos que será tratado em tópico autônomo.

5. GRUPOS DE PRESSÃO

A ação dos grupos sobre o processo político, conforme salienta Murillo Aragão, não é um fato recente na história da humanidade, pois os sistemas políticos da antiguidade já o conheciam. Citando Karl Deutsch, o autor relembra que os antigos reinos nos vales dos rios da Índia, Mesopotâmia e Egito permitiram dois grupos de pressão: guerreiros e sacerdotes; os guerreiros pretendiam tornar-se nobres e os sacerdotes aspiravam a ser proprietários de terras⁴⁰.

Seria um erro evidente considerarmos o fenômeno dos grupos de pressão como sendo privativo do século XX, pois o século XIX oferece exemplos relevantes de pressões. O que acontece é que, no seio do Welfare State aumentou enormemente a esfera de competência dos poderes públicos, que traz consigo a natural consequência da progressiva dependência dos governados e de seus interesses no processo decisório político. Daí o aumento, em progressão aritmética em alguns casos, em outros geométrica, do número de grupos de pressão que tentam defender - influenciando - os seus interesses perante o Estado ou através do Estado.

40 ARAGÃO, Murillo. *Grupos de pressão no Congresso Nacional*. Mattee: São Paulo, 1994, p.18.

Inevitáveis nos países onde a organização da vida política não é adequada para o pluralismo social, onde não há partidos políticos ou associações que cumpram uma função análoga à dos partidos políticos.

Como salientado por Ferdinand Lassalle, "os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando *que não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*"⁴¹. A seguir, o autor indica vários fatores reais do poder: monarquia, aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária. Por fim afirma que: "Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação".

Ocorre, entretanto, que esse fatores reais de poder, ao perceberem a ineficiente representatividade popular dos partidos políticos e, conseqüentemente, dos parlamentares, acabam por organizarem-se em grupos de pressão.

Conforme se verifica historicamente, a atuação organizada de grupos de pressão sobre o Poder Legislativo, no Brasil, é comprovada desde o século passado, pois como salientado por Mário Augusto Santos, ao exemplificar os grupos de pressão, a Associação Comercial da Bahia, entidade fundada em 1811, atuou em defesa de diversos interesses de seus associados junto ao Congresso Nacional durante a Primeira República⁴².

41 LASSALLE, Ferdinand. *O que é a Constituição? Essência da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

42 SANTOS, Mário Augusto. *Associação Comercial da Bahia na Primeira República. Um grupo de pressão*. 2. ed. Salvador: ACB, 1991.

J. Meynaud define os grupos de interesses como sendo "todo grupo de interesse ou de promoção que utiliza a intervenção perante o governo - independente de que seja a título exclusivo, principal ou ocasional - para alcançar a satisfação de suas reivindicações ou a afirmação das suas pretensões".

Para Sartori, a expressão grupos de pressão é suficientemente exata para saber quais os grupos que devem ser abrangidos por ela: "aqueles que têm condições de exercer pressão em um sentido bastante específico do termo". O próprio Sartori afirma que a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional correspondem grupos de pressão que, em um certo sentido serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam.

Sartori aponta que os cientistas políticos anglo-saxões utilizavam o termo *pressure groups* e os franceses *groupes d'intérêt*. Atualmente, os autores franceses normalmente utilizam a expressão *groupes de pression*, os anglo-saxões se utilizam tanto da expressão *pressure groups* quanto da *intérêt groups*, inclinando-se para a denominação de grupos de pressão, por ser a expressão grupo de interesse demasiadamente vaga⁴³.

Hugo Natale, por sua vez, argumenta que "a preponderância dos grupos de pressão e de poder constituem um herança das intrigas de palácio"⁴⁴.

43 Pressure groups or intérêt groups? trabalho apresentado no Congresso de Roma à Associação Internacional de Ciência Política em 1958, apud. NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribución al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

44 NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribución al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

Na doutrina nacional, importante salientarmos a conceituação de Paulo Bonavides e Fábio Nusdeo. Para o primeiro, grupo de pressão se define pelo exercício de influência sobre o poder político, para eventual obtenção de uma determinação da medida do governo que lhe favoreça os interesses⁴⁵, enquanto para o segundo, grupos de pressão seriam definidos como qualquer conjunto de pessoas ou entidades que procura obter normas, dispositivos e respectivas interpretações, bem como medidas de um modo geral favoráveis aos seus intentos⁴⁶.

Relembre-se o discurso do Vice-Presidente Marco Maciel, então Senador da República, pronunciado em 21 de setembro de 1984, no Senado Federal, definindo a origem do termo lobby: "*a atuação dos grupos de pressão junto aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e aos Partidos Políticos é conhecida, como se sabe, segundo a expressão inglesa lobby, significando as antecâmaras ou ante-salas das repartições ou edifícios utilizados originalmente pelos representantes de tais organizações como locais onde desenvolviam, preferencialmente, o exercício de seus trabalhos. Do vocábulo derivaram lobbyists, que designa pessoas que se dedicam àquela atividade e lobbying, que exprime o procedimento dessa atividade*"⁴⁷.

45 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 19.

46 NUSDEO, Fábio. *O direito econômico e os grupos de pressão*. *Revista de Direito Mercantil* n° 31 - 1978.

47 MACIEL, Marco. *Grupos de pressão e lobby*. Brasília: Senado Federal, 1984.

6. FORTALECIMENTO EXAGERADO DOS GRUPOS DE PRESSÃO E ENFRAQUECIMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Impotência e abandono por parte dos partidos políticos (crise na democracia representativa) fazem com que os diversos grupos sociais se dirijam direta ou indiretamente aos governantes para exigir destes uma determinada posição política ou político-legislativa ou para opor-se à já adotada, criando-se os denominados "grupos de pressão".

Dessa forma, esses grupos de interesse ou de promoção passam por um crescimento quantitativo e qualitativo surpreendente, pois todo grupo social que se veja prejudicado em seus objetivos corporativos, e abandonado em razão do distanciamento de seus representantes no Parlamento passa a procurar mecanismos, *nem sempre legais ou moralmente aceitáveis*, para influenciar diretamente as Instituições do Estado, ou indiretamente a opinião pública, para que isso reflita nas decisões governamentais. Obviamente, os procedimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de meios de participação existentes na vida pública, da qualificação dos integrantes do grupo de pressão e de sua situação econômico - financeira.

Esse fenômeno tornou-se mais latente porque os recentes e modernos interesses sociais são pouco amoldáveis nas arcaicas estruturas partidárias tradicionais.

Importante salientarmos alguns fatores sociais que contribuem para a crise partidária, tais como, *perda de centralidade do conflito entre trabalho e capital; exces-*

siva fragmentação dos interesses sociais; fenômenos das agremiações transitórias; perda da centralidade do circuito governo-parlamento como itinerário das decisões políticas; redução da política econômica à política conjuntural e de manobra monetária, que acabaram por inspirar o surgimento e fortalecimento de diversos grupos de interesse, de promoção e de pressão.

Surgem, nesse contexto, os movimentos sociais que congregam vários segmentos heterogêneos da população, passando a constituírem-se formas de mobilização que ocorrem fora do espaço dos partidos políticos, das associações e dos sindicatos.

Dessa forma, ocupam um espaço político próprio, diverso dos tradicionalmente ocupados pelos demais atores da competição política, utilizando-se de antigos e tradicionais direitos constitucionalmente consagrados: direito de reunião, direito de associação, direito de petição e direito de sindicalização.

Importante a observação de F. Badia, para quem "os grupos de interesse e de promoção crescem cada dia mais. Ora, todo grupo de interesse ou de promoção que veja prejudicada a sua razão de ser e seus objetivos por causa de extra-limitações do poder público ou da prepotência de outros grupos de sua espécie, e que não ache meios adequados de participação política e social para defender os seus interesses e as suas causas, ver-se-á obrigado a influenciar diretamente sobre as instituições do Estado para salvaguardar seus objetivos próprios ou, então, influenciar indiretamente sobre a opinião pública, tornando-se dessa forma - e circunstancialmente - um grupo de pressão. Os proce-

dimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de maior participação na vida pública existentes”⁴⁸.

Ressalte-se, porém, que o grande problema dos movimentos sociais reside na ausência de mecanismos internos para aceitação de oposição às idéias da maioria. Essa ausência para reconhecer posições divergentes talvez seja a maior diferença entre os movimentos sociais e a representação política tradicional.

Além disso, as condutas e decisões corporativas estão livres das pressões do processo eleitoral e da responsabilidade institucional das decisões políticas. Os arranjos corporativos implicam uma troca de benefícios entre governo e as elites organizadas corporativamente. Essa compensação de vantagens envolve, de um lado, a prestação de serviços estatais de natureza social, de outro, os créditos, subsídios. Atende-se, com essa troca de benefícios, as duas exigências: legitimação política mediante os serviços públicos e reprodução do capital através da gestão política da economia.

O artigo 51 da Constituição da República Portuguesa, pretendendo equacionar essa falta de transparência na atuação dos diversos grupos de pressão, prevê que “a liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político.....Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e

48 F. BADIA, op. cit, p.19

da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros”.

No caso dos partidos políticos há possibilidade de fixação da responsabilidade de seus representantes, porém na democracia participativa existe grande dificuldade em responsabilizar os demais atores da competição, e em especial, os grupos de pressão. Verifica-se, pois, uma ausência de visibilidade. Necessária, portanto, a regulamentação da atuação dos demais atores da competição política, para que a tomada das decisões possa se dar em um quadro de maior visibilidade e transparência.

A ampliação do cenário político aceita a participação de atores invisíveis, ou seja, que acabam tendo influência no processo decisório das grandes questões político-institucionais do país mas sem se identificar, o que gera a total ausência de responsabilidade. É esse o grande problema dos LOBBIES, pois são grupos profissionalizados que atuam nos bastidores do poder, sem qualquer regulamentação e sem responsabilidade pelas pressões camufladas que exercem. Esses grupos, apesar de estarem por detrás de diversas decisões políticas, não assumem qualquer responsabilidade por elas, sendo, pois, atores invisíveis.

Assim, é evidente, conforme afirma Loewenstein, a diferença que há entre os “detentores do poder, oficiais, legítimos, visíveis exteriormente, e aqueles que de forma não-oficial, indireta e freqüentemente extraconstitucional, influenciam e conformam o processo do poder”. Os *lobbies* são detentores de poder de fato, mas não titulares desse poder; trata-se de poderes de fato,

normalmente, invisíveis, e, conseqüentemente, não são passíveis de qualificação como poderes de direito ou titulares do poder político. Não assumem a responsabilidade direta pela decisão.

Os partidos políticos pretendem conquistar e exercer o poder, enquanto os grupos de pressão não tentam isso, pois procuram exercer uma influência sobre os poderes públicos, em benefício próprio, mas não substituí-los.

Note-se que os partidos políticos devem - para exercer seu mister - apelar previamente à totalidade do eleitorado independentemente da profissão de cada eleitor individual, e as suas filosofias sociopolíticas têm, conseqüentemente, de ser amplas e ao mesmo tempo o suficientemente indefinidas para se acomodar aos interesses de todos. Os grupos de pressão representam interesses homogêneos que tentam exercer uma determinada influência. Os partidos políticos combinam grupos heterogêneos, sendo sua função integradora.

É fundamental, pois, não se confundir os *grupos políticos* com os *grupos de pressão*. Os partidos ou qualquer outro tipo de associação política são detentores - o repetimos mais uma vez - de uma visão global da sociedade, portadores de uma forma particular de ver e focalizar, em função de sua própria perspectiva ideológica, a legalidade fundamental estabelecida.

Diferentemente dos partidos políticos que são organizações próprias de regimes democráticos ou que querem parecer-se democráticos, os grupos de pressão - em sua acepção mais lata - podem ser encontrados em todos os regimes (socialistas, democratas, totalitários, etc.), em todas as épocas.

Os grupos de pressão agem por meio de dupla ação: (1) pressão direta sobre o poder político; (2) pressão indireta sobre a opinião pública.

A pressão indireta é exercida sobre o público, sobre os governantes, sempre atentos à opinião pública. A opinião condiciona o comportamento dos governantes, especialmente nos regimes de democracia pluralista. Todo o poder, independentemente do regime político, leva em consideração a opinião pública. Nesse sentido, o interesse demonstrado pelos grupos de pressão em obter as simpatias da opinião pública, pois, agindo sobre o público, podem agir diretamente sobre o poder.

Os grupos de pressão podem ser classificados em:

- grupos de massa - são aqueles baseados no número
- grupos de quadros - são aqueles baseados não no número, mas sim na qualidade
- escritórios ou organizações - são os grupos de pressão que se dedicam, profissionalmente, à realização de campanhas públicas.

A pressão pode sofrer variação quando os grupos combinam sua ação direta com uma ação indireta sobre a opinião pública, ou quando se limitam a criar as condições necessárias no meio social para, desse modo, forçar o titular do poder na direção que melhor atenda seus próprios interesses⁴⁹.

49 Conferir: NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribución al estudio de los grupos de interés*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 32.

7. MODOS DE ABORDAGEM E CONTATO ENTRE OS GRUPOS DE PRESSÃO E O GOVERNO. TÉCNICAS DE PERSUASÃO DOS GRUPOS DE PRESSÃO

Os contatos formalizados entre os diversos grupos de pressão e o governo podem assumir duas formas⁵⁰:

- Contatos oficiais que têm lugar no seio das comissões governamentais.
- Contatos confidenciais e amigáveis. Note-se que esses contatos acabam ocorrendo, apesar da existência de órgãos consultivos oficializados, porque um determinado problema ou pedido não se expõe em público com a mesma liberdade com que é realizado particularmente. Isso acaba por gerar a possibilidade de práticas ilícitas e imorais na Administração Pública.

As técnicas normais e preferencialmente utilizadas pelos grupos de pressão são a da informação, da colaboração, da negociação e do compromisso, e suas correspondentes pressões e sanções sobre a Administração normalmente assumirão a forma da negação de informação e colaboração ao ministério por parte do *lobby*. A pressão pode oscilar desde o confucionismo e

⁵⁰ Interessante o estudo de Dayse de Vasconcelos Mayer, que a partir da comparação dos sistemas presidencialistas brasileiro e português faz uma análise sobre a atuação dos grupos de pressão sobre o Poder Executivo (O Presidente da República em Portugal e no Brasil. *Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*, organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1, p. 563).

obstrucionismo até o boicote econômico ou administrativo, além da possibilidade de propaganda nacional e obstrução sistemática.

8. TERMO *LOBBY*

O termo *lobby* é de origem norte-americana e já é empregado em outros países. Em sentido próprio, denota a parte de um prédio que se encontra aberta ao público; trata-se do corredor, vestíbulo e, mais especificamente, os corredores do Parlamento. Em um sentido derivado, nos Estados Unidos da América, a palavra *lobby* passou a ser utilizada para designar a ação de pessoas vindas de fora do Congresso e que se misturavam aos parlamentares nos corredores do Congresso, posteriormente nos gabinetes e em outros locais, para influenciá-los. A expressão *lobby* se aplica também aos homens ou grupos que se dedicam a essa atividade, e o verbo *lobby* é utilizado correntemente para designar as manobras dos *lobbyists*.

Temos três palavras para essa atividade dos grupos de pressão sobre o Parlamento:

- *lobby* = grupos que exercem influência sobre qualquer autoridade pública para promover os interesses ou causas dos seus membros;
- *lobbying* = a atividade exercida, isto é, o lobby na sua atividade, ou seja, todo o esforço para influenciar o Congresso acerca de qualquer assunto, e que chega a ele através da distribuição de material impresso, assistência às sessões das comissões do Congresso, entrevistas ou tentativas com membros do Senado ou da Câmara, ou através de outros meios;

- *lobbyists* = alguém que, por um pagamento ou outra razão, procura influenciar ou evitar a aprovação de determinada legislação por parte do Congresso Nacional.

Os partidos políticos são um outro canal de influência utilizado pelos *lobbies* ou grupos de pressão para chegar ao centro do poder decisório depois de terem fracassado na sua tentativa de alcançar seus objetivos através de pressões sobre o ministério. Os *lobbies* ou grupos de pressão pretendem dessa forma exercer uma pressão sobre o Governo, mas através do partido ou partidos: essa é uma modalidade da chamada pressão ou influência indireta. Aponta-se a natureza substitutiva do recurso ao partido, pelo grupo de pressão, pois só ocorre quando fracassa a tentativa de negociação através da consulta direta do grupo com o Governo.

A função de intermediação dos grupos de pressão não poderia ser cumprida se esses não tivessem obtido grande prestígio, nem sempre de maneiras legais ou moralmente aceitáveis, perante os membros do Governo ou do Parlamento, porém, se uma organização deseja ser tratada responsabilmente, deve, por sua vez, agir responsabilmente, sob pena de desvirtuamento do funcionamento dos órgãos estatais, que passariam a colocar o interesse público em segundo plano, para atendimento aos interesses corporativos de cada um dos citados grupos.⁵¹

51 Nesse sentido, José Afonso da Silva nos adverte que "interesses privados apoderaram-se de setores da burocracia, utilizando o aparelho estatal em benefício próprio. A modernização do Estado brasileiro exige a eliminação desse protecionismo a setores privados, por um processo de limpeza que consiste na desprivatização do Estado, recolocando-o no exercício de suas funções básicas, quais sejam a de elaborar e executar políticas públicas no interesse da coletividade como um todo", para concluir que "a reforma do Estado brasileiro consiste, portanto, na erradicação do anacronismo institucional, caracterizado pelo patrimonialismo, corporativismo e o clientelismo" (*Perspectivas e Futuríveis: Perspectivas do direito público*, coordenação Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 135).

9. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE DOS GRUPOS DE PRESSÃO

O aperfeiçoamento da democracia deve buscar a necessária visibilidade na atuação política e a responsabilidade pela influência na tomada de decisões, não somente em relação aos Partidos Políticos, mas também em relação aos grupos de pressão. A regulamentação seria o conjunto mínimo de interesses comuns, incluindo especialmente interesse comum de buscar o *fair play* entre os interesses privados e particulares.

Hugo Natale expõe com muita propriedade o fato de que "um grupo ter a pretensão de impor seu interesse privado ao interesse público e geral da sociedade não é uma novidade na história, nem um perigo. O que é uma novidade e importa um grave perigo é que efetive essa pretensão por meio da utilização de técnicas de domínio e de quebraamento" (visibilidade)⁵².

Existem dispositivos constitucionais e regimentais regulamentando, de modo tímido, a atuação dos grupos de pressão. Assim, prevê a Constituição Federal, além dos tradicionais direitos de reunião, associação, iniciativa popular de lei, as audiências públicas no Congresso Nacional com entidades da sociedade civil (CF, art. 58, § 2º, II); recebimento de petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa

52 NATALE, Hugo E. op. cit. p.17

contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (CF, art. 58, § 2º, IV).

A Câmara dos Deputados, igualmente, regulamentou desde 1972 a representação por grupos de interesses, considerando relevante constar no regimento interno mecanismos de representação das entidades sindicais de grau superior, no intuito de receber dessas entidades assessoria técnica e subsídios à tramitação de projeto de lei, conforme lembra Murillo Aragão, "até 1983 praticamente o credenciamento era exclusivo para entidades sindicais de grau superior, tais como confederações ou federações/sindicatos de abrangência nacional... A partir de 1984, a Câmara dos Deputados passou a aceitar o credenciamento de entidades associativas mais representativas e, após a Constituição de 1988, adequou o tratamento constitucional ao regimento interno, permitindo o amplo credenciamento de entidades associativas de todo o tipo"⁵³.

Dessa forma, atualmente, prevê o artigo 259 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que "*além dos Ministérios e entidades da administração federal indireta, poderão as entidades de classe de grau superior, de empregados e empregadores, autarquias profissionais e outras instituições de âmbito nacional da sociedade civil credenciar junto à Mesa representantes que possam, eventualmente, prestar esclarecimentos específicos à Câmara, através de suas Comissões, às lideranças e aos Deputados em geral e ao órgão de assessoramento institucional*".

53 ARAGÃO, Murilo. *op. cit.*, p. 96

Portanto, uma boa maneira de controle sobre os meios utilizados pelos grupos de pressão é a de, uma vez reconhecida a justiça de seus interesses e das suas pretensões particulares, estabelecer os meios e instituições através dos quais esses possam defender seus legítimos interesses e causas, de forma legal e transparente.

Além disso, importante realçarmos novamente que a reestruturação dos partidos políticos, a descentralização do poder, a efetividade das formas democráticas semidiretas e a democracia participativa são outros meios de fortalecimento institucional da democracia e da representatividade popular e, conseqüentemente, de enfraquecimento sensível dos grupos invisíveis de poder no cenário político.

As atividades dos grupos de pressão no Congresso norte-americano são regulamentadas desde 1946, por meio do *Lobby Act* de 1946, que os obriga a informar ao Poder Público quanto gastam com suas atividades.

10. PARTICIPAÇÃO POPULAR - PLEBISCITOS/REFERENDOS/INICIATIVA DE LEI

Apontados alguns problemas do sistema representativo e partidos políticos, importante destacar a necessidade de maior utilização dos instrumentos de participação popular nos negócios do Estado⁵⁴.

54 Sobre o direcionamento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte para a efetivação de práticas de Democracia Direta, conferir: TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 95.

A Constituição Federal prevê expressamente que uma das formas de exercício da soberania popular será através da realização direta de consultas populares, por meio de plebiscitos e referendos (CF, art. 14, caput), disciplinando, ainda, que caberá privativamente ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscitos (CF, art. 49), salvo, por óbvio, quando a própria Constituição expressamente determinar (por exemplo: art. 18, §§ 3º e 4º; art. 2º, Ato Constitucional das Disposições Transitórias).

Em *nosso ordenamento jurídico-constitucional*, essas duas formas de participação popular nos negócios do Estado divergem, basicamente, em virtude do momento de suas realizações.

Enquanto o *plebiscito* é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutive).

Igualmente, outras e inúmeras constituições trazem previsões semelhantes. A título meramente exemplificativo podemos enumerar:

- *Artigo 115 da Constituição da República Portuguesa* - Os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se diretamente, a título vinculativo, através de referendo, por decisão do Presidente da República, mediante

proposta da Assembléia da República ou do Governo, em matérias das respectivas competências, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei. O referendo pode ainda resultar da iniciativa de cidadãos dirigida à Assembléia da República, que será apresentada e apreciada nos termos e nos prazos fixados por lei. O referendo só pode ter por objeto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembléia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo.

- *Artigo 75 da Constituição da Itália* - É convocado referendun popular para deliberar sobre a ab-rogação, total ou parcial, de uma lei ou de um ato que tenha valor de lei, quando o solicitarem quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. Não é admitido o referendun para as leis tributárias e de balanço, de anistia e de indulto, de autorização para ratificar tratados internacionais. Têm direito de participar do referendun todos os cidadãos chamados a eleger a Câmara dos Deputados. A proposta submetida a referendun será aprovada se participar da votação a maioria dos que têm direito, e se for atingida a maioria dos votos validamente expressos. A lei determina as modalidades de atuação do referendun.
- *Artigo 138 da Constituição da Itália* - As leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adotadas por parte de cada Câmara, mediante duas deliberações sucessivas com um intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, pela maioria absoluta dos membros de cada Câmara, na segunda

votação. Essas mesmas leis serão submetidas a referendium popular quando, no prazo de três meses a partir da sua publicação, o solicitar um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. A lei submetida a referendium não é promulgada, senão depois de aprovada pela maioria dos votos válidos. Não se procede a referendium, se a Lei for aprovada na segunda votação por cada uma das Câmaras, pela maioria de dois terços dos seus integrantes.

- *Artigo 89 da Constituição da Confederação Suíça* - As leis federais e as resoluções federais de alcance geral devem ser submetidas à aceitação ou rejeição do povo quando o pedido seja feito por 30.000 cidadãos com direito de voto ou por oito cantões. Os tratados internacionais concluídos para prazos indeterminados ou de mais de 15 anos são também sujeitos à aceitação ou rejeição do povo se o pedido for apresentado por 30.000 cidadãos com direito de voto ou por oito cantões.
- *Artigo 39 da Constituição da Nação Argentina* - Os cidadãos têm o direito de iniciativa de apresentar projetos de lei à Câmara dos Deputados.... Não serão objeto de iniciativa popular os projetos referentes a reforma constitucional, tratados internacionais, tributos, pressupostos e matéria penal.
- *Artigo 40 da Constituição da Nação Argentina* - O Congresso, mediante iniciativa da Câmara dos Deputados, poderá submeter à consulta popular um projeto de lei. A lei de convocação não poderá ser vetada. O voto afirmativo do projeto pelo povo da Na-

ção Argentina o converterá em lei e sua promulgação será automática. O Congresso ou o Presidente da Nação, dentro de suas respectivas competências, poderão convocar a consulta popular não vinculante. Nesse caso, o voto não será obrigatório. O Congresso, mediante o voto da maioria absoluta dos membros de cada Casa, regulamentará as matérias, procedimentos e oportunidades da consulta popular.

Nessa forma de participação popular nos negócios políticos do Estado, importante ressalva é feita por Canotilho, quando ensina que “a teleologia intrínseca dos referendos e plebiscitos constituinte passou a ser diferente quando o plebiscito, além da sua associação a dimensões cesaristas do poder político, se transformou em consulta popular, divorciada de qualquer racionalidade jurídica e não raro violadora dos princípios estruturantes do Estado constitucional. A hipertrofia democrática aliada a uma concepção decisionista do direito explicam o sentido do plebiscito: decisão popular que se sobrepõe a qualquer tipo de racionalidade jurídica”⁵⁵.

Igualmente, não podemos nos esquecer da lição de Norberto Bobbio sobre o perigo existente na idéia de cidadão total. Assim, ensina que “é evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais comple-

55 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Dirito constitucional* 8. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 123.

xas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade⁵⁶.

Entendemos que um meio termo a ser tentado, principalmente pela democracia brasileira, é a maior utilização dos mecanismos do plebiscito e referendo, previstos no artigo 14 da Constituição Federal e já regulamentados pelo legislador ordinário (Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998), sem os abusos apontados por Canotilho. Dessa forma, nos assuntos de maior relevância institucional haveria possibilidade de maior participação dos eleitores, de maneira a direcionarem ou ratificarem a atuação do Parlamento⁵⁷.

11. CONCLUSÕES

A Reforma Política do Estado obrigatoriamente deve estar centrada na necessidade de maior proximidade da vontade popular com a vontade expressa pelo Parlamento. Para isso, após essa breve análise, apontamos algumas conclusões a serem analisadas para a concretização dessa reforma e, conseqüentemente, para o aprimoramento e fortalecimento da democracia:

- O problema central da representação política con-

56 *O Futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 42

57 Mônica Caggiano expõe que "tais dificuldades operacionais, em que esbarra o princípio representativo, originam, outrossim, o movimento, marcante, de retorno às técnicas da denominada semidireta. O referendo, o plebiscito e o *recall*, da prática americana, ressurgem na paisagem política, ingressando num processo de consolidação alimentado pelo descrédito que se abateu sobre os tradicionais mecanismos da representação" (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais e representação política*. São Paulo: Tese de doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1997, p. 324).

- siste na impossibilidade de aferir-se a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar;
- Três causas primordiais contribuem para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento;
- Há urgente necessidade de desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e participação da vontade geral;
- Dinamização na democracia de partidos, desde a própria existência de democracia interna nessas agremiações, até a própria imposição majoritária de suas idéias em observância aos direitos da minoria;
- Maior democratização nos quadros partidários, possibilitando o acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendam disputar cargos eletivos;
- A maior democracia interna nos partidos políticos evitaria a indesejada e exagerada proliferação partidária, e acabaria por impedir a criação de inúmeros partidos sem qualquer mensagem ideológica ou social;
- A representação proporcional parlamentar deve ser alterada para assegurar mais fielmente a cada partido político uma representação no Parlamento correspondente a sua força numérica na sociedade, de maneira a refletir-se no Poder Legislativo, da ma-

neira mais transparente e próxima possível, as diversas ideologias presentes na comunidade;

- Introdução no sistema político brasileiro de algumas normas de fidelidade partidária, para que a representação popular no Parlamento represente mais fielmente o voto conferido nas urnas;
- Adoção de uma espécie de quarentena política para que se proíba a mudança partidária do parlamentar eleito por um determinado partido político – utilizando-se, pois, de seu coeficiente partidário – sem uma justificativa plausível;
- Introdução de mecanismos constitucionais semelhantes ao *recall* norte-americano;
- Regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento e outros órgãos do Governo;
- Edição de uma legislação eleitoral mais rígida que garanta maior transparência no financiamento e atuação dos partidos políticos e dos grupos de pressão;
- Fixação de maior responsabilidade política dos partidos políticos;
- Maior utilização dos instrumentos de participação popular nos negócios do Estado.

Apesar das dificuldades do sistema representativo e dos complicadores naturais existentes na dinâmica democrática, não podemos deixar de salientar que permanecem os partidos políticos em posição de extrema relevância no cenário decisório brasileiro, pois enquanto detentores da atividade legiferante, são os únicos que - influenciados ou não por demais grupos de interesses, de promoção e de pressão - efetivamente

acabam por tomar decisões definitivas que vinculam toda a sociedade por meio de leis⁵⁸ (Princípio da legalidade). Anote-se que a defesa da legalidade é antiga, tendo sido feita por Platão e Aristóteles, sendo que o primeiro afirmou que “de fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades”⁵⁹. Tendo o segundo afirmado: “aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana”⁶⁰.

Dessa forma, os partidos políticos devem ser prestigiados e democratizados na Reforma Política do Estado enquanto grandes atores do cenário político nacional, submetendo-se, porém, ao maior controle popular, com a efetiva implementação real e utilização do plebiscito e referendo e com uma maior acessibilidade e democratização interna.

Mesmo porque, nunca é cansativo lembrar, a organização e regulamentação dos partidos políticos e sua participação na democracia representativa permite uma maior alternância do Poder e democratização das

58 Mesmo as medidas provisórias (CF, art. 62) somente tornam-se definitivas se forem aprovadas pelo Congresso Nacional.

59 Platão, *Leis*, 715d.

60 Aristóteles, *Ética*, 1296a.

decisões, com respeito e voz aos direitos das minorias. Além disso, o controle e responsabilização das decisões políticas do Partidos apresenta-se mais plausível com a necessária transparência e visibilidade do sistema democrático, diferentemente do que ocorre com diversos grupos de pressão que, sob o manto do anonimato e articulações de bastidores, tornam-se atores invisíveis do cenário político, de grande influência mas totalmente irresponsáveis politicamente.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ARAGÃO, Murillo. *Grupos de pressão no Congresso Nacional*. Maltese: São Paulo, 1994. p.18.
- 2 BADIA. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.
- 3 BAPTISTA, Eduardo Correia. A Soberania Popular em Direito Constitucional. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos de Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1
- 4 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- 5 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense: 1978.
- 6 CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- 7 CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*. 1997. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1997.
- 8 CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- 9 CHIMENTI, Carlo. *Manuale di Diritto Púbblico*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1994.
- 10 CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- 11 COMPARATO, Fábio Konder et al. *Brasil sociedade democrática*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.
- 12 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- 13 D'ANTENA, Antonio D'Antena. II Principio Democratico Nel Sistema Dei Principi Costituzionali. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais - Nos 20 anos da constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1.
- 14 DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1970.
- 15 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os partidos políticos nas constituições democráticas*. Belo

- Horizonte: Universidade de Minas Gerais - edição da Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966.
- 16 ———. *O parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- 17 FRIEDRICH, Carls J. *Gobierno. Constitucional Y Democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- 18 HORTA, Raul Machado Horta. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey, 1995.
- 19 LASSALLE, Ferdinand. *O que é a Constituição? Essência da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- 20 MACIEL, Marco. *Grupos de pressão e lobby*. Brasília: Senado Federal, 1984.
- 21 MAYER, Dayse de Vasconcelos. O Presidente da República em Portugal e no Brasil. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais - 20 anos da constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1.
- 22 MORAES FILHO, José Filomeno. *A construção democrática*. Fortaleza: UFC, 1998.
- 23 NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribucion al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- 24 NUSDEO, Fábio. *O direito econômico e os grupos de pressão*. Revista de Direito Mercantil n° 31 - 1978.
- 25 REALE JR, Miguel. *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1992.
- 26 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Tradução Antônio de P. Machado. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.
- 27 SANTOS, Mário Augusto. *Associação Comercial da Bahia na Primeira República*. Um grupo de pressão. 2. ed. Salvador: ACB, 1991.
- 28 SILVA, José Afonso. *Perspectivas e Futuríveis*. Perspectivas do direito público. Coordenação Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- 29 STRASSER, Carlos. *Teoria del estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- 30 TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- 31 VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981.
- 32 WALINE, Marcel. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 09.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ana Paula Duarte Damasceno

Advogada. Exerce suas funções no 1º Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 06ª Região – ESMATRA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 - CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. BREVES COMENTÁRIOS. 2 - DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. 3 - CONCLUSÃO. 4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A temática do presente trabalho versa sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Dita ação foi recentemente regulamentada, em nosso ordenamento jurídico, quando da publicação da Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, fazendo parte do intitulado Controle da Constitucionalidade.

Face tal assertiva, vamos, preliminarmente, fazer um breve comentário sobre Controle da Constitucionalidade.

1. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. BREVES COMENTÁRIOS.

Para o Prof. Michel Temer, *in* Elementos de Direito Constitucional, 14ª Edição, revista e ampliada, Estado consiste na *incidência de determinada ordenação jurídica, ou seja, de determinado conjunto de preceitos sobre determinadas pessoas que estão em certo território*¹.

Já para Ataliba Nogueira², Estado é a sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica, cuja finalidade é regular globalmente as relações sociais de determinado povo fixo em dado território sob um poder.

Para Kelsen³, como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada.

Constituição é a lei fundamental de um Estado. É nela que as leis infraconstitucionais encontram guarida.

1 TEMER, Michael. *Elementos de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 16

2 *Lídes de Teoria Geral do Estado* apud Temer, Michel. p. 16

3 *Teoria Pura do Direito* apud Temer, Michel. p. 16

da. Ou seja, a norma hierarquicamente inferior retira seu fundamento de validade da norma superior. É o que entende Kelsen.

A constituição possui várias classificações. Dentre elas encontramos a classificação referente a sua mutabilidade. Ela pode ser: rígida, semi-rígida e flexível. Falaremos da constituição rígida.

Alexandre de Moraes⁴ entende por *constituição rígida as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas*. É o caso do art. 60 da Magna Carta Brasileira.

Já Michel Temer⁵ afirma ser rígida *aquela que demanda processo especial e qualificado para a sua modificação, da qual deriva a criação da norma constitucional*.

Oswaldo Aranha Bandeira de Melo⁶ aduz que *as vantagens das constituições rígidas são magníficas. Capacitam-nos para definir, com alguma exatidão, a competência dos poderes governamentais; previnem a possibilidade de que capricho repentino da opinião pública transforme e desarraigue o que ao todo convém manter*.

Assim, temos como constituição rígida aquela que demanda processo especial e qualificado para sua modificação, da qual deriva a criação da norma constitucional. É nessa classificação que se enquadra a Constituição Federal vigente.

4 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 8 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2000. p. 37

5 *Op. Cit.*, p. 26

6 *In Teoria das Constituições Rígidas*, p. 67, apud TEMER, Michael, p. 26

A Constituição Brasileira é rígida na medida em que confrontamos o art. 60 com o art. 47 do citado diploma legal. Senão vejamos:

"Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 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.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa."

"Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros."

Para Alexandre de Moraes, *in* Direito Constitucional, 08ª Edição, p. 555, a idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que no Estado onde inexistir o controle, a Constituição é flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

Para Alessandro Pizzorusso⁷, a primordial finalidade de controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais; afirma que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da existência de procedimentos específicos, como recurso de amparo ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos.

Desta feita, o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo é uma garantia da supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

Porém, nem sempre houve um controle mais específico no âmbito das Constituições brasileiras.

7 Apud MORAES, Alexandre, op. cit. p. 555.

A Constituição de 1824 baseava-se no modelo inglês e no modelo francês, em que a soberania era exercida, no primeiro caso, pelo parlamento (Câmara dos Comuns). Já no modelo francês, tal controle, embora fosse essencialmente político, preservava a separação dos poderes, haja vista a existência de um Conselho Constitucional que controlava a constitucionalidade das leis.

Dita Constituição (1824) não previa o Controle da Constitucionalidade, sendo tal controle exercido pelo Imperador, via poder moderador.

Foi a partir da Proclamação da República, com a Constituição de 1891, que o Brasil teve seu primeiro modelo de controle da constitucionalidade baseando-se no modelo norte-americano, que previa o controle difuso com base em precedentes judiciais.

Entre 1891 e 1965, o controle era concentrado na pessoa do Procurador Geral da República, o único legitimado para tanto.

Só em 1988 o rol dos legitimados ativos para a propositura da ADIn foi aumentada.

Atualmente, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo (exercido pelo Poder Executivo e Legislativo) e repressivo (exercido, em regra, pelo Poder Judiciário), que pode ser difuso ou concentrado.

O art. 66, § 1º esclarece a possibilidade de controle preventivo por parte do Chefe do Executivo. Senão vejamos:

Art. 66. *A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.*

§ 1º Se o Presidente da República considerar o pro-

jecto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

O controle preventivo, para André Cláudio Portinho Dias⁸, *concilia com excelência os interesses governamentais (opção pelo veto do projeto), com as necessidades da população (possibilidade de derrubada do veto pela maioria absoluta do Congresso). Dizemos isso porque dificilmente o Chefe do Executivo conseguirá barrar, com veto desarrazoado, um projeto de relevante interesse para a sociedade, a não ser que conte com um Parlamento submisso. E isso, quando ocorre, não é por permissividade do sistema legal, mas pela falta de cultura e educação de nosso povo, que continua elegendo mal seus representantes.*

O controle prévio se refere a projetos. Portanto, atos inacabados.⁹

O controle de constitucionalidade repressivo por via difusa caracteriza-se por permitir que todo e qualquer juiz ou tribunal realize o controle de constitucionalidade quando da análise do caso concreto. Nesse tipo de controle, a inconstitucionalidade não é encarada como matéria de mérito mas sim, como questão prejudicial a esse, devendo-se, sempre, observar a cláusula de reserva de plenário contida no art. 97 da Constituição Federal de 1988.

Já no controle concentrado, também denominado

⁸ DIAS, André Luiz Cláudio Portinho. *Breves Comentários ao Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos no Brasil*, artigo especial ao Nedito.

⁹ TEMER, Michael, op. cit. p. 43.

por via de ação direta, a declaração da inconstitucionalidade é realizada independentemente da existência do caso concreto, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (as chamadas ADIn), as quais tiveram seus procedimentos regulados recentemente pela Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

As ADIn podem ser classificadas da seguinte forma:

- a) ação direta de inconstitucionalidade genérica: prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal;
- b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva: prevista no art. 36, III, da Constituição Federal;
- c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão: prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal;
- d) ação declaratória de constitucionalidade: prevista no art. 102, I, a, *fine*, da Constituição Federal e pela Emenda Constitucional nº 03/93.

A finalidade de uma ADIn é retirar do nosso ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com o preceito constitucional, não sendo, pois, passível de desistência, inclusive quanto ao pedido de medida cautelar formulada.

Os legitimados ativos para propor a ADIn são encontrados no art. 103 da Constituição Federal. Eis os capazes de propô-la:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

- IV - a Mesa da Assembléia Legislativa;
- V - o Governador de Estado;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Embora todos sejam legitimados, o STF exige, de algumas das pessoas acima citadas, a chamada pertinência temática. É o caso da Mesa da Assembléia Legislativa, do Governador de Estado e da confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Dentre as ações previstas para se controlar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, encontramos a mais recente: a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2. DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em seu art. 102, § 1º, da seguinte forma:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

- I - omissis
- II - omissis
- III - omissis

§ 1º. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei.*"

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, embora já existisse em nossa legislação, conforme se verifica na Emenda Constitucional nº 03/93, a qual reenumerou o antigo parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal de 1988, estava à espera de lei regulamentadora de seus procedimentos.

Tal lei, publicada em 03 de dezembro de 1999, sob o nº 9.882, estabelece a forma pela qual se apreciará dita ação, especificando a competência para sua apreciação, os legitimados para propô-la, as suas hipóteses de cabimento, entre outros procedimentos. É ação, haja vista possuir natureza de ação e se processar como uma ADIn, inclusive observando a já mencionada pertinência temática.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme se vislumbra do art. 102, § 1º, da Constituição Federal e do art. 1º da Lei 9.882/99, será proposta perante o Supremo Tribunal Federal o qual possui função de processá-la e julgá-la, vez que é da sua competência a guarda da Constituição.

O STF, sobre a falta de lei complementar, já decidiu que:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO DE MUNICÍPIO.

Art. 4º da Lei de introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil.

1. *O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: "a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".*
2. *Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F não pode apreciá-la.*
3. *Atê porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, "caput"). E é esta que exige Lei para a sua missão seja exercida com competência, cujo exercício ainda depende de Lei.*
4. *Também não compete ao S.T.F elaborar Lei a respeito, pois essa é a missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da C.F.).*
5. *E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretendia compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, "sub judice", no feito, essa questão.*
6. *Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais*

de direito". É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente.

7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2ª parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas gerais de direito, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide "inter partes". Tal norma não se sobrepõe à constitucional que, para arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.
8. De resto, para se insurgir contra Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo S.T.F
9. Agravo improvido. Votação unânime" .. (STF – Agravo Regimental em Petição nº 1.140-7 – Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, 31 de maio de 1996, p. 18.803). No mesmo sentido: STF – Petição nº 1.369-8 – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 8 out. 1997, p. 50.468).

Dita ação tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, cabendo, inclusive, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A lei não define preceito fundamental. É um conceito jurídico indeterminado. Poderá ser entendida como, por exemplo, princípio da separação dos poderes. Toda-

via, o STF, futuramente, irá definir quais os preceitos fundamentais susceptíveis de serem objeto da arguição ora analisada.

Com relação a ato resultante do Poder Público, o Informativo 176 do STF, dispõe que:

"O Tribunal, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental (C.F., art. 102, § 1º) ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal – que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 – teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes (C.F., art. 2º). Considerou-se ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99 ("A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público"). ADPF (QO) 1- RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 3.2.2000."

Alexandre de Moraes¹⁰ esclarece que o inciso II, do parágrafo único, art. 1º, do texto originário da Lei, sofreu o veto do Presidente da República e permitia, de forma ampla, a propositura da arguição de descum-

¹⁰ Op. Cit., p. 612

primento de preceito fundamental, por qualquer pessoa prejudicada, nos termos do recurso de amparo previsto no ordenamento jurídico alemão, espanhol e argentino.

A lei 9.882/99, em seu art. 2º, dispõe sobre a legitimidade ativa para a propositura da referida ação, remetendo-nos ao art. 103, I a IX, da Constituição Federal vigente. Ou seja, os legitimados ativos são os mesmos co-legitimados para propositura de ADIn. Assim, como já dito anteriormente, temos como legitimados:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;*
- II - a Mesa do Senado Federal;*
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;*
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;*
- V - o Governador de Estado;*
- VI - o Procurador-Geral da República;*
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;*
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;*
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."*

Quanto ao procedimento, deve-se obedecer ao determinado pelo art. 3º e seguintes. Dessa forma, a petição inicial deverá conter indicação do preceito fundamental que se considere violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental, o pedido, em suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia ju-

dicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considere violado. A exordial, ainda, deve ser acompanhada de instrumento de mandato, nos termos do art. 2º, § 1º, bem como deve ser apresentada em 02 (duas) vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Se faltar algum requisito previsto pela Lei, bem como se não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental ou se a petição for inepta, a peça atriária será indeferida, de forma liminar, pelo relator. Sendo indeferida, caberá agravo, da decisão de indeferimento, no prazo de 5 (cinco) dias.

Entretanto, havendo qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade apontada, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será admitida. Dessa feita, tal instituto não exclui outros mecanismos com finalidades semelhantes, como é o caso do *habeas corpus*, *habeas data*, entre outros. Nesse caso, vê-se a possibilidade de o STF exercer um juízo de admissibilidade discricionário, indeferindo a exordial, observando-se ou não a existência do chamado interesse público e a ausência de outros mecanismos legais capazes de sanar a lesividade apontada, *sob pena de se tornar uma nova instância recursal para todos os julgados dos tribunais superiores e inferiores*¹¹. Tal discricionariedade do STF é fruto da jurisdição constitucional exercida por aquela Corte Superior, por ser ela um *órgão diretivo das condutas estatais, na medida em que inter-*

¹¹ MORAES, Alexandre de, Op. Cit., p. 615

preta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público¹².

Nesse mesmo sentido, o Informativo 189 do Excelso Pretório dispõe que:

“É incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, § 1º). Com esse entendimento, o Tribunal não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento das gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão “em cascata” (C.F., art. 37, XIV – redação dada pela EC 19/98). ADPF (QO) 3 – CE, rel. Min. Sydney Sanches, 18.5.2000. (ADPF – 3)”.

Outro ponto a ser ressaltado é a possibilidade de concessão de liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em seu art. 5º, a lei 9.882/99 concede ao STF o poder de deferir, ou não, pedido de medida liminar, desde que por maioria absoluta de seus membros.

Alexandre de Moraes¹³, sobre a questão, reflete da seguinte forma:

“concessão de medida liminar: por decisão da maioria absoluta de seus membros, o STF poderá de-

ferir pedido de medida liminar, salvo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, no recesso, quando a liminar poderá ser deferida pelo Ministro relator, ad referendum do Plenário. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos das decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo decorrente da coisa julgada.”

Ainda sobre pedido liminar, existindo o mesmo, o relator solicitará as informações necessárias às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de 10 (dez) dias. Poderá, caso entenda necessário, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que confeccionem parecer sobre a questão.

Poderá, também, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Há, ainda, a faculdade da oitiva das partes nos processos que ensejaram a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Relator, observando o § 2º, do art. 6º da Lei ora analisada, poderá autorizar sustentação oral, bem como a colação de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Findando o prazo legal para as informações, o relatório será lançado, com cópia para todos os ministros, pelo Relator, que pedirá dia na pauta de julgamento.

Quanto à participação do Ministério Público, o

12 Idem p. 615

13 Idem p. 613.

mesmo está previsto no art. 7º, parágrafo único. Tal dispositivo estabelece que:

Art. 7º. Omissis

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações."

Ou seja, antes do dia estabelecido para a pauta para julgamento, o Ministério Público se pronunciará. Alexandre de Moraes¹⁴ afirma que: "*Não bastasse o § 1º, do art. 103, da Constituição Federal que determina que o Procurador-Geral da República deverá ter previamente ouvido todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, a Lei 9.882/99 previu no parágrafo único de seu art. 7º, que o Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações."*

A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se, na sessão de julgamento, estiverem presentes à sessão 2/3, no mínimo, dos Ministros.

Não houve estipulação, pela Lei, do quorum qualificado para a votação da arguição. Todavia, havendo necessidade de declaração de inconstitucionalidade de ato do Poder Público descumpridor de preceito fundamental, será preciso a maioria absoluta de seus membros.

Com o julgamento da ação, a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos

¹⁴ *Idem* p. 614.

questionados será feita, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

O cumprimento da referida decisão será realizado de imediato com a determinação do Presidente do Tribunal, sendo lavrado acórdão posteriormente.

Sua publicação será feita no prazo de 10 (dez) dias a contar do trânsito em julgado da decisão, sendo sua parte dispositiva publicada, em seção especial, do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, possuindo, a partir de então, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Sendo declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo via arguição de descumprimento de preceito fundamental, observando-se razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, é facultado ao STF, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A decisão que julgar o pedido da arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não cabendo, assim, ação rescisória.

Caberá, sim, reclamação no caso de descumprimento da decisão proferida, observado-se o estatuído no Regimento Interno do STF.

Alexandre de Moraes ainda classifica a arguição de descumprimento de preceito fundamental como de caráter preventivo, repressivo e por equiparação.

Segundo o citado autor, "*Caberá, preventivamente,*

arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos¹⁵”.

Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação, o mesmo revela que:

“Note-se que foi criada pela Lei nº 9.882/99 a possibilidade de um dos co-legitimados argüir ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fora das hipóteses cabíveis no controle concentrado, quais sejam – controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo municipal e controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição Federal¹⁶”.

Mais:

“Relembre-se, ainda, que a legitimação para a arguição de descumprimento de preceito fundamental e para a ação direta de inconstitucionalidade são idênticas (art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99), sendo, igualmente, idênticos seus efeitos erga omnes e vinculantes (art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99 e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99); o que iguala ambas as hipóteses, demonstrando, claramente, a tentativa da legislação ordinária em ampliar, repita-se, de forma inconstitucional, a competência do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de Inconstitucionalidade.

Em conclusão, entendemos que essa hipótese legal, por não se constituir descumprimento de preceito fundamental, contraria o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, sendo, portanto, inconstitucional¹⁷”.

Para o doutrinador ora apresentado, “o legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição¹⁸”.

3. CONCLUSÃO

Após essa breve explanação, concluímos que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental assemelha-se, de certa forma, à ação declaratória de constitucionalidade no que diz respeito a um aspecto determinado por lei, qual seja, é uma espécie de arguição incidental, conforme se vislumbra no art. 1º, em seu parágrafo único.

Em seu parágrafo único, é de se observar previsão que não faz parte do nosso sistema legal de controle da constitucionalidade. No referido parágrafo, além de ser inaugurada possibilidade de se controlar lei ou ato normativo municipal face à Constituição Federal, há ainda, a possibilidade de se controlar um ato que se deu antes da atual Constituição Federal, que em nosso sistema se resolve pela questão do direito intertemporal (revogação ou recepção de lei).

15 idem p. 614.

16 idem, p. 616.

17 idem, p. 616.

18 idem, p. 616.

Todavia, tal assertiva tem sido fortemente criticada por boa parte da doutrina. Tanto é verdade que a OAB ingressou com a ADIn (Medida Liminar) nº 2231-8 sob o fundamento que a Lei 9.882/99 está acrescentando competência ao STF, competência essa que só poderia ser instituída por Emenda Constitucional, haja vista só uma emenda pode modificar o texto constitucional. No caso sob comento, houve uma tentativa via lei ordinária.

Doutra banda, assemelha-se, ainda, com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, vez que possui os mesmos legitimados dessa, bem como os mesmos mecanismos de processamento.

O presente texto não tem a pretensão de esgotar todos os estudos e considerações sobre o tema escolhido, haja vista ser o mesmo o mais novo instituto jurídico para controle da constitucionalidade.

Haverá outros estudos acerca da matéria, trazendo novos posicionamentos, especificando condições e critérios de interpretação ao texto legal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. DIAS, André Luiz Cláudio Portinho. *Breves Comentários ao Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos no Brasil*, artigo especial ao Neófito.
2. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 8.ed. Rio de Janeiro : Atlas, 2000.
3. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 14.ed. ver. e atual. São Paulo : Malheiros, 1998.
4. Brasil. Leis, decretos etc. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999.
5. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE*

Ana Paula Lima Melo

Juíza de Direito do Estado de Pernambuco. Pós-graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal. Coordenadora de Divulgação Científica e Cultural da ESMAPE - Núcleo Regional do Agreste.

"Não cometeréis injustiças nos julgamentos; não tomarás o partido do pobre que não tiver razão e não serás complacente com o poderoso; mas julgarás teu compatriota com justiça."

Levítico, 19,15.

SUMÁRIO

PREFÁCIO. 1 - INTRODUÇÃO. 1.1 - Conceito e Justificativa. 2 - A VALORAÇÃO DA JUSTIÇA NO DIREITO. 3 - CONTROLE SOCIAL-SISTEMA PENAL. 4 - ESTADO DE NECESSIDADE NO SISTEMA PENAL PÁTRIO. 4.1 - Antijudicialidade. 4.2 - Tipos Permissivos. 4.3 - Estado de necessidade justificante. 4.4 - Excesso nas causas de justificação. 5 - O COTIDIANO DO SAQUE. 5.1 - O saque na visão dos sequestradores. 5.2 - O furto familiar e a jurisprudência. 5.3 - O roubo à luz da norma penal. 6 - ALTERNATIVIDADE JURÍDICA PARA O SAQUE. 6.1 - Em busca de soluções. 6.2 - Breves considerações sobre Direito Alternativo e Uso Alternativo do Direito. 6.3 - Prática Jurídica do Uso Alternativo do Direito. 7 - CONCLUSÃO. 8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

PREFÁCIO

Ao abriremos as cortinas sobre o saque e seu possível enquadramento no estado de necessidade, cumpre-nos declarar que o tema vem merecendo, recentemente, a atenção de cientistas políticos, pesquisadores e da sociedade.

O problema do saque está inserido no campo so-

* Este trabalho recebeu a primeira colocação no 1º Concurso de Monografias Jurídicas "Juiz José Lopes de Oliveira," realizado pela AMEPE, no ano de 1999.

cial, refletindo um enorme embate, o choque das classes, estando indissolvelmente vinculado ao destino que as classes sociais prevêem no cenário da história.

Num Estado Democrático de Direito, a intervenção penal não poderia ter uma dimensão expansionista, mas, sim, expressar, exclusivamente, a idéia de tutela de bens jurídicos vitais para a livre realização da personalidade de cada pessoa e para a conservação da comunidade social em que este ser humano está inserido.

Numa democracia, as questões sociais se resolvem quando impera uma opinião pública esclarecida, sendo finalidade deste trabalho a análise provocadora de uma consciência jurídica sobre o tema, dentro do Direito Penal, dando a oportunidade de uma visão do sistema penal inserido no quadro abrangente de controles sociais, formais e informais, que compõem uma sociedade.

A autora.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Conceito e Justificativa.

Já são numerosos os estudos desenvolvidos sobre a excludente de antijuridicidade do estado de necessidade. E este, que ora se propõe, tem como preocupação central os constantes saques decorrentes, em sua maioria, do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), de modo a identificar sua legitimidade e legalidade dentro do contexto jurídico do estado de necessidade.

A escolha do assunto se deve à atualidade da questão e ao analisar o saque, dentro do nosso sistema penal, partimos da idéia de que no Direito Penal se busca sobretudo o valor da justiça, e, dessa idéia geral, é que se desenvolveu o presente trabalho.

Preliminarmente, procuramos demonstrar a importância do valor Justiça dentro do Direito e, a partir daí, o saque, no contexto jurídico do estado de necessidade estará voltado, neste estudo, para a idéia do que é o Justo.

O estado de necessidade, segundo entendimento normativo, é quando alguém pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo

sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (art. 24 CPB).

Já a palavra saque vem do verbo saquear que, na língua portuguesa, significa: *"tirar, esbulhar com violência, assaltar para roubar, pilhar, devastar, despojar com violência."* Especificamente, o saque, quando feito em estado de necessidade, é entendido, no Direito, por alguns doutrinadores, como sendo furto famélico.

O desenvolvimento do texto ocorreu com base na constante avaliação dos saques noticiados pela imprensa falada ou escrita, como um todo, contextualizando-se dentro de uma abordagem jurídica, considerando-se sempre a visão da realidade que os saqueadores têm do aparelhamento judiciário e do ordenamento jurídico.

O saque e a norma que rege as causas de exclusão da antijuridicidade são confrontados com a finalidade de se alcançar uma solução racional para o impasse dialético, através de um exame analítico da matéria, visando sempre ao entendimento do homem médio e leigo da Ciência do Direito.

Todo o estudo do tema, porém, está limitado a breves considerações sobre a influência do aspecto social e a busca da prática alternativa do enfoque jurídico dado ao objeto desta pesquisa.

2. A VALORAÇÃO DA JUSTIÇA NO DIREITO

A concepção tridimensional do Direito, conforme entendimento do eminente Miguel Reale, ainda é a base do mundo jurídico que se constitui de três elementos essenciais: o fato, a norma e o valor.

Os valores, por sua vez, são uma constante no ser humano. A bondade, a beleza, a igualdade, a justiça são valores que diariamente são evocados pela opinião pública, valores esses que guiam a sociedade e fixam limites objetivos, dependendo da cultura de cada povo. E, em sendo o Direito uma ciência cujo objeto são normas na busca de soluções para conflitos sociais, inspira-se em valores.

O ideal de justiça é uma tendência moral do direito constante em todas as épocas e culturas, mas não se constitui valor único do direito, e, sim, o valor último, não negando a existência de outros valores essenciais. Faz-se mister ressaltar que a justiça, por sua vez, enquanto valor, não se confunde com a legalidade, uma vez que se situa acima dessa.

Várias são as concepções do valor jurídico Justiça, entre elas, podemos citar que Stammler, seguidor da teoria Kantiana, define a justiça como idéia de retitude que implica absoluta harmonia, através da qual se elabora a matéria jurídica. Para Emil Brunner, a justiça é uma virtude, que deve ser

aceita como qualidade objetiva de certas relações e instituições.

Mais objetivo é o conceito de Johann Messner, na qual a justiça consiste em dar a cada um o que é seu direito, enquanto que Michel Villey acredita que a justiça está relacionada com a idéia de igualdade e proporcionalidade.

"A busca do ideal de justiça, como a do ideal de verdade, não pressupõe que saibamos o que a Justiça (ou a verdade) é - mas apenas que conheçamos o que consideramos injusto (ou falso)".¹

Definir o que vem a ser justiça é missão árdua, na qual muitos juristas se omitiram em expor seus pensamentos. O que podemos constatar é que há uma relativa unanimidade no sentido de que o valor justiça exige: equilíbrio, proporcionalidade, reciprocidade de deveres morais, segurança, paz e o respeito à dignidade humana.

A justiça exige, ainda, que haja a efetivação dos valores sociais e não apenas o mero conhecimento da idéia do que é ser justo, posto que o próprio homem, orientado pelos valores jurídicos, elabora instituições a fim de alcançar a finalidade emanada daquela idéia de valor.

Werner Goldschmidt sintetiza:

"O princípio supremo da justiça, que requer a proteção de cada homem para que tenha a pos-

sibilidade de desenvolver sua personalidade, reclama a compensação da impotência, injustamente atribuída pela natureza ou o destino."²

E é dentro das desigualdades de ordem social que o sistema jurídico de uma comunidade deve proteger aquilo que é justo, a fim de que o conceito de justiça não seja uma mera norma, mas, sim, uma garantia de convivência social com projeção de respeito à dignidade individual.

3. CONTROLE SOCIAL - SISTEMA PENAL

O Direito, como ordenamento, caminha ao lado de outras ordens sociais, quer sejam econômica, política, familiar, religiosa, ideológica, e como tal, constitui-se como produto da vontade humana na regulamentação de condutas intersubjetivas.

Inevitavelmente, o direito significa coerção através de um poder capaz de coagir. Ora, toda sociedade possui uma estrutura de poder político e econômico, na qual existem grupos que vivem à margem e grupos que se situam próximos a esse poder. Logo, o fenômeno do controle social nem sempre é evidente, podendo ser induzido, como o controle social exercido através da família, da religião, dos meios de comunicação, da atividade artística etc, ou explícito como o sistema penal.

¹ VON HAYEK, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty*, [s.l.], [s.n.], 1976, v. 2.

² GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia: dialógica*. Madrid: Aguilar, 1958, p. 184.

É o controle social com caráter punitivo e institucionalizado que se denomina o sistema penal e, como tal, nele está ínsita a atuação do procedimento legislativo, que elabora as leis a serem cumpridas pelo judiciário com auxílio do executivo, no que tange ao aparelhamento policial e funcionários aptos à execução penal. Faz-se mister ressaltar que cumpre ao Poder Judiciário aplicar a lei elaborada pelo Poder Legislativo, o qual é composto por representantes do povo, eleitos pelo sufrágio universal do voto da maioria da população.

Dentro de um contexto abrangente, inegável é que existe um embate de forças antagônicas no meio social, de modo que, pelo menos teoricamente, no jogo das forças sociais e políticas, o Estado seria o instrumento conciliador dos conflitos sociais, tendo ao seu dispor o sistema penal.

Ora, a lei é "um instrumento para controle diferencial das ilegalidades", segundo Michel Foucault e, se por um lado, a lei traduz uma dominação de classe, e, por outro lado, a pressão da polícia sobre o ordenamento jurídico indica um aparelho de controle, tudo isso nos demonstra que o sistema penal seleciona pessoas e ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social.

Para a sociedade, o infrator é o marginal, indivíduo cuja personalidade deformada por várias circunstâncias merece ser isolado da sociedade, mas o marginal é também aquele que mora em favelas das periferias dos centros urbanos, convivendo em ambientes cujas características criam as condições do crime.

O senso comum legitima também o controle e o policiamento ostensivo das pessoas que vivem em áreas periféricas, o que, segundo José Ricardo Ramalho, *in* O mundo do crime - A ordem pelo avesso (p. 169), "efetivamente significa a suspeição de uma classe sobre a outra".

Então, no caso de um infrator, oriundo de segmentos menos favorecidos da sociedade, com seu cotidiano definindo o seu futuro, com remota expectativa de escolaridade e emprego, sem respaldo de uma família organizada para lhe dar condições de direcionamento, sem terra para explorar a agricultura, o que pode fazer a instituição do sistema penal?

"Surgiu a suspeita de que os sistemas penais selecionam um grupo de pessoas dos setores mais humildes e marginalizados, os criminaliza e os mostra ao resto dos setores marginalizados como limites de seu 'espaço social'. Ao mesmo tempo, também parece que os setores que na estrutura de poder têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização têm também o poder de subtrair-se à mesma (de fazer-se a si mesmos menos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam). Isto o vemos muito claro em uma sociedade de castas, onde a casta superior se declarava invulnerável ao sistema penal em razão de que nela se concentravam as reencarnações dos espíritos mais evoluídos - justificação ideológica -, mas o fenômeno não só se daria em tais limites tosca-

mente evidentes, e sim em menor medida e com outros discursos de justificação em todos os sistemas penais, desde que toda sociedade gera marginalização."³

Diante do aumento vertiginoso dos índices de violência contra direitos, em especial o aumento de saques em todo o país, o problema assumiu dimensão de conotação social e vem exigindo, por parte do Estado, uma reavaliação e revisão da legislação atinente à matéria, assim como uma expansão e modernização do sistema de atendimento.

Ademais, há o interesse do Estado e da sociedade de encontrar solução para o caso, por tratar-se de um problema que cada vez mais sensibiliza e mobiliza a sociedade que, se de um lado se percebe ameaçada, de outro, visualiza a imagem do saqueador como uma pessoa necessitando de ajuda.

4. ESTADO DE NECESSIDADE NO SISTEMA PENAL PÁTRIO

4.1 Antijuridicidade

Dentro de uma apreciação preliminar, pode-se dizer que a antijuridicidade é a qualidade que tem qualquer ato ou fato contrário ao direito expresso, que o agen-

te não pode justificar com razões procedentes. Logo, o antijurídico é aquilo que é contrário à boa justiça, ao direito estatuído, aos princípios da razão jurídica.

Faz-se mister, aqui, ressaltarmos que aquilo que é contra a norma pode não ser antijurídico por ter sido permitido pela ordem jurídica. Ou seja, é o caso clássico do hoteleiro que vende bagagem do cliente, amparado no art. 779 do Código Civil, embora a sua conduta seja típica do art. 168 do Código Penal. Destarte, a antinormatividade (tipicidade penal) é, segundo alegoria de Marx Ernst Mayer, a fumaça, a qual é indício do fogo (antijuridicidade).

Para Welzel, a antijuridicidade é uma característica da ação expressando o desequilíbrio entre a ação e a ordem jurídica, enquanto que o injusto é a ação antijurídica, como um todo. Daí, segundo essa teoria, não devemos confundir a característica com o caracterizado. Já para Mezger as expressões antijuridicidade e injusto são sinônimas. No Brasil, a maioria dos autores não distingue antijuridicidade e injusto.

Alguns autores estipulam diferenciação entre antijuridicidade formal e material, sendo, em linhas gerais, a antijuridicidade formal a simples realização do tipo e a antijuridicidade material a realização do tipo acrescida da ausência de justificativa. A questão da divisão da antijuridicidade em formal e material tem relação íntima com o conceito formal e material do crime.

Na verdade, a antijuridicidade formal se confunde com a tipicidade. De fato, dogmaticamente falando, a antijuridicidade é una; material porque implica a afirmação de que um bem jurídico foi violado e formal

3 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, parte geral. São Paulo, 1997, p. 76.

porque o fundamento de tal ato somente pode ser encontrado com a permissão da ordem jurídica.

Aspecto singular é a politização da antijuridicidade material, no sentido de que com o manejo desse conceito foi possível justificar movimentos históricos como o nazismo e o fascismo, em prol de se evitar dano social. Posteriormente, a outrora União Soviética manipulou o conceito de antijuridicidade de modo que uma ação somente seria considerada delito se houvesse perigo para a sociedade socialista, sendo, então, a periculosidade social a antijuridicidade material da ação.

Isso nos demonstra a fácil manipulação de conceitos e valores defendidos pela comunidade, os quais são desvirtuados, sem a percepção nítida dos entes dessa sociedade, em prol dos interesses de um segmento social que detém o poder.

4.2 Tipos Permissivos

O tipo permissivo seleciona quais as condutas antinormativas que serão permitidas pela ordem jurídica, sendo inevitável o pressuposto de uma tipicidade proibitiva, pelo simples fato de que, primeiramente, deve-se comprovar a tipicidade da conduta para após averiguar se há a justificação para tal ação.

A antijuridicidade, então, pode ser afastada por certas causas de exclusão da antijuridicidade ou justificativas. Para os doutrinadores pátrios tem prevalecido o critério objetivo das causas de justificação, embora a doutrina mais moderna esteja admitindo elementos subjetivos do tipo permissivo, não implicando, com

isso, que a pessoa que está cometendo um ato típico, justificado pela ordem jurídica, necessite ter o conhecimento de que age conforme o direito, no entender de Eugenio Raul Zaffaroni:

*"A finalidade justificante, que se assenta sobre o conhecimento da situação objetiva de permissão, funciona como um elemento subjetivo que excede o dolo do tipo subjetivo proibitivo. Ex: o sujeito mata o agressor para defender-se. Do ponto de vista do tipo proibitivo, a elementar para defender-se é um elemento subjetivo que vai além do dolo: é indiferente para o tipo proibitivo do homicídio, mas integra o tipo subjetivo permissivo."*⁴

Os tipos penais permissivos também possuem elementos objetivos e subjetivos, de maneira que somente a congruência desses elementos pode justificar uma conduta.

Para ser caracterizada a situação justificante, permitida pela ordem jurídica, faz-se necessário o reconhecimento da situação de justificação de que se trata e o fim requerido no tipo permissivo correspondente. Assim, a legítima defesa requer o reconhecimento da situação de defesa e a finalidade de defender-se, e o estado de necessidade requer o reconhecimento da ameaça sobre o bem maior e a finalidade de evitá-lo. Quando isso ocorre, o fato permanece típico, mas não há crime e, em consequência, o sujeito deve ser absolvido.

4 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Teoría del Delito*, Buenos Aires: [s.n.], 1973: p. 460/461

As justificativas ou tipos permissivos são reconhecidos, em regra, na norma jurídica, pela expressão “*não há crime*”, como no art. 23 do Estatuto Penal.

Conseqüentemente, a causa para a existência dos tipos permissivos é o exercício de um direito que surge das causas de exclusão da antijuridicidade, referidas no inciso III do art. 23 do Código Penal. O fim, comum a todos os tipos permissivos, seria, numa análise preliminar, a coexistência que o Estado regula.

Há autores, ainda, que admitem a existência de justificativas supralegais, além das previstas expressamente na lei penal. A doutrina entende poder existir causa supralegal de exclusão de ilicitude com base na inexigibilidade. Assis Toledo, por exemplo, enumera o consentimento do ofendido, quando admissível, nos direitos disponíveis, como no crime de dano ou de cárcere privado, como justificativa extralegal.

As justificativas ou causas de exclusão da antijuridicidade encontram-se discriminadas no art. 23 da Lei Substantiva Penal como sendo: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Há também, na parte especial do Código Penal, as justificativas específicas, como por exemplo: coação para impedir suicídio (art. 146, § 3º, II); ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa (art. 142, I); aborto para salvar a vida da gestante (art. 128) e violação de domicílio, quando um crime está ali sendo praticado (art. 150, § 3º, II).

4.3 Estado de necessidade justificante

O fundamento do estado de necessidade é um estado de perigo para certo interesse jurídico, o qual somente poderá ser protegido mediante a lesão de outro. Ocorre, então, uma colisão de bens juridicamente protegidos pelo Direito. Logo, havendo dois bens em perigo de lesão, o Estado admite que um deles seja sacrificado, uma vez que a tutela penal não teria como salvaguardar ambos.

Considera-se, conforme texto do art. 24 do Código Penal, em estado de necessidade aquele que pratica a ação para salvar de perigo atual, que não provocou por sua própria vontade, nem poderia de outra maneira evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não seria razoável exigir-se.

O exemplo clássico do estado de necessidade é a disputa de naufragos pela posse de uma tábua de salvação ou a destruição de um tabique de madeira do vizinho para deter um incêndio.

Na doutrina alemã, a natureza jurídica do estado de necessidade se diferencia em duas teorias: a unitária e a diferenciadora. Essa última teoria entende que, às vezes, o estado de necessidade exclui a antijuridicidade (estado de necessidade justificante - em que o bem sacrificado é inferior ao bem preservado), e em outras oportunidades, apenas exclui a culpabilidade (estado de necessidade exculpante - bem sacrificado igual ao bem preservado).

Já a teoria unitária, a qual o Código Penal Pátrio adotou, em seu artigo 24, relaciona sempre o estado de

necessidade com a exclusão da antijuridicidade, entendendo, boa parte da doutrina brasileira que, no direito penal, todo estado de necessidade é justificante.

Esse entendimento doutrinário recebe severas críticas, elencando como casos em que a tese unitária não consegue solucionar, os seguintes:

1. A denuncia B falsamente, e C, que é agente policial com o dever legal de deter os suspeitos, vai deter B. Como C atua inculpavelmente, ou seja, atua antijuridicamente, B poderia defender-se contra C, como se se tratasse de um seqüestro e, assim sendo, provocar-lhe a morte ou lesão.
2. A e B lutam, após naufrágio, por uma tábua. Os dois teriam direito e, conseqüentemente, teria de se reconhecer que o Direito converte em jurídico um resultado decorrente de força.
3. Levando-se em consideração a hipótese anterior, se C estiver observando o caso 2, possuir um rifle de mira telescópica e, por não ter tempo suficiente de prestar socorro, apontar a arma para um dos naufragos, disparando em B. Como A é o naufrago sobrevivente que atuou de acordo com o direito, então, C também atuou com a permissão da ordem jurídica.

Destarte, em princípio, admitir que invariavelmente todo estado de necessidade é justificante indica como "corolário" que: ao se ter permissão legal para matar, no caso dos naufragos, o mais forte irá se impor, assim como desponta como premissa que a pessoa alheia ao naufrágio e ao perigo, por ajudar aquele que atua justi-

ficadamente, também estará agindo em conformidade com o direito.

Tais questões, que geram absurdos doutrinários, nos mostram as dificuldades enfrentadas pela teoria do estado de necessidade, a qual relaciona o estado de necessidade com a exclusão da antijuridicidade. Daí a tentativa de alguns doutrinadores em estabelecer uma diferenciação entre as causas que eximem a responsabilidade penal, dentro dos requisitos impostos no art. 24 do Estatuto Penal. Ou seja, a causa poderá ser de justificação (não haverá injusto) ou então de inculpaabilidade, havendo injusto mas o agente não podendo ser responsável.

Em linhas gerais, será estado de necessidade justificante quando o mal que se evita é maior que o mal que se causa e, nos demais casos, conforme os requisitos do art. 24 CPB forem se configurando, haverá o estado de necessidade exculpante.

De fato, o real fundamento da justificativa é o princípio "*necessitas non habet legem*", sendo uma viva manifestação do instinto de conservação existente não somente no ser humano, porém em qualquer ser vivo. Nenhuma norma terá validade legal se desconhecer a realidade natural da vida: o instinto de sobrevivência, o qual é o fundamento primeiro e maior da justificativa.

Didaticamente, o eminente Damásio de Jesus nos ensina:

- "O estado de necessidade pode ser desdobrado em:*
- a) *situação de perigo (ou situação de necessidade);*
 - b) *conduta lesiva (ou fato necessitado).*

São requisitos da situação de perigo:

- a) um perigo atual;
- b) ameaça a direito próprio ou alheio;
- c) situação não causada voluntariamente pelo sujeito;
- d) inexistência de dever legal de arrostar perigo (CP, art. 42, § 1º).

A prática da conduta lesiva exige:

- a) inevitabilidade do comportamento lesivo;
- b) inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado;
- c) conhecimento da situação de fato justificante.

*A ausência de qualquer requisito exclui o estado de necessidade.*⁶

O perigo deve ser atual, ou seja, não existe, de momento, outro meio de evitá-lo; a atualidade representa a presença do perigo e a carência de meios não só atuais, mas também antes de o perigo se converter em dano. A situação de perigo pode ter sido causada por conduta humana ou fato natural.

O vocábulo "direito" descrito na norma do art. 24 do Código Penal tem como inegável sua amplitude, uma vez que se refere a todo o patrimônio jurídico, a qualquer bem ou interesse tutelado, protegido juridicamente e não somente à vida, à integridade corporal ou à propriedade. O perigo pode existir para um bem jurídico próprio ou para um bem jurídico alheio, necessitando

apenas que os interesses em litígio se encontrem protegidos pelo Direito.

Exige-se, também, que a situação de perigo atual não tenha sido provocada pela própria vontade do agente, aceitando a doutrina qualquer causa do perigo, tais como decorrentes da força da natureza, fato humano ou natural ou animal, acidente etc. O perigo causado dolosamente pelo agente não exclui o crime e o causado culposamente, conforme entendimento de alguns doutrinadores, não afasta a excludente.

Fica evidente, por sua vez, que não poderá invocar a justificativa quem tem o dever legal de enfrentar o perigo, posto que em decorrência de sua própria função, sempre está submetido a um estado de perigo, ficando condicionado a riscos, os quais foram voluntariamente aceitos.

É requisito indispensável que o perigo não possa ser evitado por outro meio, pois se for possível evitar-se ou impedir o perigo da violação do bem jurídico, não estará caracterizado o estado de necessidade.

Há, também, a necessidade de proporcionalidade dos valores dos bens em perigo atual. Deve-se ter por base a hierarquia dos bens jurídicos, em abstrato, e a importância da lesão ameaçada pelo perigo em concreto. Ou seja, deve-se analisar o que o bom senso comum de um homem médio faria em igual situação em que estivesse o agente, não devendo impor-se conduta diversa da que praticou, pois não se pode exigir algo que humanamente seja impossível.

Torna-se indispensável que o agente, em sua conduta justificante, tenha a real intenção de preservar e de salvar o bem posto em perigo.

6 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal* (parte geral). São Paulo: [s.n.] 1985. p. 321.

4.4 Excesso nas causas de justificação

*"... Dá-se o nome de excesso no estado de necessidade à desnecessária intensificação da conduta inicialmente justificada. No comportamento com que pretende defender o bem jurídico em situação de perigo o agente vai além dos limites da proteção razoável. Tratando-se de excesso, nota-se que o agente se encontrava em situação de necessidade, exorbitando no uso dos meios de execução postos em ação para a defesa do bem. Ele vai responder pelo resultado produzido durante o excesso: responde pela lesão jurídica que constitui a conduta desnecessária ..."*⁶

Logo, ocorrendo excesso, excedendo o agente os limites da necessidade, irá responder por tal excesso, por dolo ou culpa, segundo a hipótese que vier a acontecer.

No excesso doloso, o agente sabe que na primeira fase da conduta está acobertado pelo tipo justificante, e também tem consciência de que a situação de perigo passou, continua agindo, e a partir daí, ilicitamente. Logo, o excesso intencional leva o sujeito a responder pelo fato a título de dolo, nos termos do art. 23, parágrafo único do Estatuto Penal.

Já no excesso não intencional ou culposo, o agente acredita, levado a erro, que ainda subsistem os pressupostos fáticos da causa de justificação. Eis o erro de tipo analisado no art. 20, § 1º, do Código Penal, onde se for

⁶ JESUS, op. cit., nota 5, p. 328/329.

escusável, afastam-se o dolo e a culpa, aplicando-se o contido no § 1º, 1ª parte do referido Diploma Legal.

O excesso não intencional pode se dar também sobre os limites normativos da causa de justificação, configurando-se, aí, em erro de proibição, sendo que se escusável, haverá a exclusão de culpabilidade e se inescusável, o agente responderá por crime doloso, com diminuição de pena de um sexto a um terço.

5. O COTIDIANO DO SAQUE

Os sujeitos ativos dos saques originam-se, em sua maioria, das parcelas mais pauperizadas da classe trabalhadora. Essa população desenvolve estratégias de sobrevivência marcadas pela precariedade das soluções encontradas e por seu caráter, por vezes, delituoso.

Nesse sentido, têm uma maneira peculiar de visualizar o mundo, a sociedade e a si próprios: um sistema de idéias e valores por meio dos quais absorvem sua vivência do mundo e embasam os elementos emocionais e intelectuais que sustentam sua conduta no cotidiano.

A convivência em comunidade tem como pressuposto básico a existência de um espaço cultural. Numa sociedade de classes, as várias visões de mundo diferenciadas estão diretamente vinculadas aos interesses específicos e contraditórios, sendo, então, a percepção distinta da realidade a expressão desses interesses, porque a participação diferenciada no processo produtivo é oposta na divisão da renda, impondo uma vivência distinta dos grupos sociais.

É inerente a uma sociedade classista que haja uma padronização do saber oficial, que apenas expressa a ideologia da classe dominante, através das instituições, havendo, conseqüentemente, o necessário controle em prol do "interesse geral", na forma do Estado.

*"Estando a distinção entre produtores e consumidores da cultura presa a uma distinção de classes, a relação entre eles assume necessariamente uma conotação política, isto é, ela tem implicações em termos de poder."*⁷

No caso do cotidiano do saque, o mundo configura-se num contexto sociocultural marcado tanto pelo contato com os órgãos de repressão e de assistência quanto por estratégias de sobrevivência, que ocorrem simultaneamente e articuladas na dinâmica social. É dentro desse contexto que há o confronto entre a ideologia da comunidade que legitima e regula interesses nas ações de saque e a visão da classe dominante expressa pelas instituições.

5.1 O saque na visão dos saqueadores

O saque, no nordeste brasileiro, está diretamente relacionado com o fenômeno da seca - eterno problema nordestino. Encontra-se a Região Nordeste do país, especialmente o seu semi-árido, a padecer as conseqüências dos fenômenos climáticos, como do *El Niño*,

⁷ DURHAN E. R., *A Dinâmica Cultural na Sociedade Moderna, Ensaio de Opinião*, p. 35.

o qual trouxe de volta a seca e, portanto, os graves problemas econômicos e sociais advindos dela.

Há registro que em 1979 ocorreu a pior seca nessa região, que se prolongou até 1983, dando causa a uma crise devastadora que produziu cerca de três milhões de flagelados, à época.

No ano de 1998, as notícias giravam em torno do tema da tensão no campo, em virtude da seca implacável que originou a conduta de saques por parte dos flagelados e, na maioria dos casos, incentivada pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).

Os líderes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra montaram um esquema de ataque a centrais de abastecimento, açudes, prefeituras e supermercados, sendo os locais preferidos o comércio, escolas e depósitos de alimentos do governo, anunciando, publicamente, que passariam a usar a força para conseguir água e comida nas cidades castigadas pela seca.

Efetivamente falando, as ações do Estado contra a seca se resumiram na criação de frentes de trabalho de emergência e distribuição de cestas básicas. E no tocante à entrega de cesta básica, houve indícios de irregularidades na formação das comissões municipais, ocorrendo denúncias de que políticos locais estavam usando, em proveito próprio, com fins eleitorais, a distribuição dos alimentos fornecidos pelo governo.

Através de cadastramento, os agricultores passaram a receber alimentos distribuídos pelo governo, com a finalidade de que as cestas básicas evitassem saques no sertão, pois a esperança de ter comida faz a população flagelada esquecer a fome.

A tensão social motivada pela fome em municípios do nordeste afetados pela seca levou os governantes a estudarem uma verdadeira operação de guerra, com a participação dos Ministérios do Exército, Aeronáutica e as Polícias Militares, para fazer a distribuição de alimentos aos flagelados.

Como a incidência de pilhagens aumentou em proporções nunca antes vistas, o Governo enviou comboios de caminhões com alimentos para serem distribuídos aos flagelados, frutos da seca no Nordeste, sendo escoltados pela Polícia do Exército, num rigoroso esquema de segurança.

Nas cidades, devido à demora na distribuição de cestas básicas para os agricultores, o clima de tensão ainda perdurou, até que, armados com foices e enxadas, trabalhadores rurais, em questão de poucos minutos, saquearam estabelecimentos comerciais particulares como o Mercadinho Enoque, no município de Bezerras, causando um prejuízo de, na época, R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Já no município de Brejo da Madre de Deus, um proprietário de terra, por conta própria, resolveu despejar cerca de 60 (sessenta) famílias acampadas em sua Fazenda Santa Fé, contratando pistoleiros para amedrontarem os trabalhadores rurais ali instalados.

Em Araripina, no Sertão do Araripe, a 692 Km do Recife, moradores da periferia da cidade saquearam cerca de três mil cestas básicas fornecidas pelo governo federal, as quais estavam guardadas num depósito de um deputado estadual, sendo que houve denúncias de que a liderança local do Movimento dos Trabalha-

dores Rurais Sem terra (MST) incentivou tal comportamento dos populares, que também levaram alimentos destinados à merenda escolar, tendo sido depredados até consultórios odontológicos da edilidade.

Segundo o coordenador estadual do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), Jaime Amorim, os municípios onde o contraste social fosse mais gritante, seriam os mais visados pelo MST, tendo o Movimento frentes de guerrilha prontas para a realização de invasões e saques. Entre tantos municípios, se destacam Santa Maria da Boa Vista e Gravatá, conforme Jaime Amorim, em entrevista dada ao Diário de Pernambuco, do dia 02.05.98, p. 25:

“Santa Maria da Boa Vista - seis grandes empresários e seus funcionários estão enfrentando bem a seca, enquanto centenas de trabalhadores perderam suas lavouras. Terras próximas ao rio, rachadas pela seca.

Gravatá - o pólo turístico beneficia a minoria rica da cidade. Na zona urbana, os bolsões de miséria estão amargando a falta de água e comida”. Jaime Amorim

Em algumas cidades, mais especificamente na Mata Norte, há notícias de indignação causada pelos saques, por parte da população, gerando revolta nos moradores, os quais consideraram injusta a ação do MST. Alguns responsabilizam as autoridades governamentais (Prefeitura, Estado e União) que deveriam, segundo eles, angariar recursos para atender às necessidades do povo.

Segundo Dom Francisco Austragésilo, bispo de Afogados da Ingazeira, em entrevista ao Diário de Pernambuco do dia 02.05.98, p. 26:

“O saque é uma ação legítima e legal, desde que seja realizado somente nos casos em que a sobrevivência do homem está ameaçada (. . .)”

A Justiça também retira o crime de quem pratica um saque para poder se manter vivo. Está previsto no Código Penal que tudo é permitido, inclusive matar e roubar, quando é uma questão de sobrevivência. Os saques são nada mais que uma maneira de chamar a atenção dos poderes públicos para o problema. Se não for assim, a fome dos sertanejos passa batida. Ninguém lembra. Ninguém comenta . . .”

O governo, por sua vez, tentou dividir sua responsabilidade com os demais Poderes. No dia 22.05.98, no Diário de Pernambuco, p. 08, o então Ministro da Justiça, Renan Calheiros, transferiu para o Poder Judiciário a responsabilidade pelo recrudescimento da onda de saques a armazéns e caminhões de alimentos liderados por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra no Nordeste:

“Se a Justiça entende que assaltar carreta nas estradas - que vai levando alimentos para quem precisa - ou fazer apologia de métodos violentos como os saques é legal, o problema é da Justiça, não nosso.”

(...)

“Se a Justiça entender que você pode fazer vigília em frente a supermercados; se a Justiça entender que você pode incitar à violência; se a Justiça entender que você pode fazer saque violento, é problema da Justiça, não é nosso.”

Mas o que nos diz a lei sobre as ações de saques realizadas no nosso país, orientadas por organizações sociais não estatais?

5.2 O furto famélico e a jurisprudência

O furto é a subtração de coisa alheia móvel com fim de assenhoramento definitivo, segundo preceitua o Estatuto Penal pátrio.

Na Idade Média, o furto famélico era caracterizado pelo ato do indivíduo que, impelido pela fome ou pelo frio, subtraía alimentos ou roupas para poder subsistir. No direito moderno, tal furto é característico do estado de necessidade.

Na nossa jurisprudência há divergências na admissibilidade do furto famélico. Dessa forma, há os que o admitem:

“Apenas é reconhecida a impunidade do furto famélico, isto é, do furto praticado por quem, em estado de extrema penúria, é impelido pela fome, pela inadiável necessidade de se alimentar.” (TACRIM-SP - AC - Rel. Nogueira Camargo - JUTACRIM 69/467).

"A comprovação do estado de necessidade cabe à defesa. Mas pode resultar de prova indiciária e circunstancial, para se reconhecer o furto famélico."

(TAGB - Ac - Rel. Raul da Cunha Ribeiro - RT 469/414).

"Ninguém subtrai um quilo de carne para acrescentá-lo em seu patrimônio; tão-só, para mitigar a fome, pois que apenas a isso se presta mercadoria de tal natureza."

(TACRIM-SP - Ac - Rel. Canguçu de Almeida - JUTACRIM 86/42).

Há, porém, uma corrente doutrinária que advoga sua inadmissibilidade:

"O furto famélico não pode ser reconhecido quando o próprio agente não pretendeu ter agido para matar sua fome ou de outrem."

(TACRIM-SP - AC - Rel. Ricardo Andreucci - JUTACRIM 89/402).

"Furto famélico é a subtração praticada pelo agente, a fim de satisfazer necessidade extrema. Mesmo estando o réu desempregado e não havendo provas de que ele estivesse em extrema necessidade, não se pode falar em furto famélico."

(TACRIM-SP - AC - Rel. Brenno Marcondes - JUTACRIM 80/398).

"A fome evidentemente, não pode ser provocada voluntariamente pelo indigitado autor do furto, como também é inevitável. Todavia, para

satisfazê-la não é necessário que o indivíduo lance mão da subtração de dinheiro de cofre de Igreja. Repele-se, assim, a defesa escudada no estado de necessidade, que exige para a sua constatação que o ato vise a salvaguardar um direito; que haja perigo atual impondo sua atividade; ausência de provocação da parte; inevitabilidade do perigo, e, finalmente, ocorram circunstâncias razoáveis para prevalência do direito "salvaguardado."

(TACRIM-SP - Ac - Rel. Rezende Junqueira - RT 448/401).

"Inexiste o estado de necessidade, pela ausência da inexigibilidade de outra conduta, eis que o direito à subsistência, bem ameaçado, seria atendível por outros meios; opera, contudo, a causa especial de diminuição de pena, tendo-se em vista as especiais circunstâncias que rodearam o fato, a condição do agente, a natureza da res furtiva e o destino que a ela se deu."

(TACRIM-SP - AC - Rel. Lauro Malheiros - RT 449/427).

Diante dos comentários jurisprudenciais, é irrefutável que cada caso concreto deverá ser analisado, cotejando-se as características da excludente de antijuridicidade, a fim de se definir, em termos legais, se um saque a supermercado, por exemplo, deverá ser punido como atividade nociva aos bons costumes e à paz social ou considerado como estado de necessidade justificante.

5.3 O roubo à luz da norma penal

Esclarece o Estatuto Penal Pátrio, em seu art. 157 que, *in verbis*:

“Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - Reclusão de 4 a 10 anos.

§ 1º. Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º. A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

§ 3º. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 5 a 15 anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 a 30 anos, sem prejuízo da multa.”

De fato, o delito tipificado no art. 157 da Lei Substantiva Penal define o roubo quase como um crime complexo, em sentido estrito, uma vez que é constituído de vários tipos penais: furto, ameaça, lesão corporal e constrangimento ilegal que absorve as vias de fato.

Apesar do delito de roubo e de furto serem, ambos, crimes contra o patrimônio, são diferenciados pela violência ou a grave ameaça, requisito essencial no crime de roubo, caracterizado pela impossibilidade de resistência da vítima, a qual é sempre surpreendida pela atitude do sujeito ativo.

Enfim, o que distingue o furto do roubo é que o primeiro é somente um crime contra o patrimônio, enquanto o roubo é também um crime contra a pessoa. Não há como confundir: a grave ameaça ou a violência caracterizará o roubo, ainda que a vítima não tenha restado impossibilitada de resistir; o simples trancamento da vítima no banheiro, por exemplo, caracterizará o roubo, ainda que não tenha havido nenhuma violência ou ameaça.

Para caracterizar a grave ameaça não é indispensável que o agente engatilhe a arma ou a aponte para a vítima, basta que a exhiba. Quanto a compreensão da palavra “arma”, entende-se além dos instrumentos especificamente destinados ao ataque ou defesa, todos os instrumentos de poder vulnerante ou intimidativo, bem como os objetos que são hábeis para imobilizar ou causar lesão à vítima.

Arrombamento de portas de supermercados, prefeituras, centrais de abastecimento e estabelecimentos comerciais praticados por pessoas portando foices, enxadas e instrumentos similares, com a intenção de subtrair bens seria um exemplo de furto famélico, acobertado pela excludente de ilicitude do estado de necessidade?

Os saques praticados através da orientação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), com táticas de guerrilha e planejamento de invasões,

previamente divulgadas através da imprensa pelo Coordenador Estadual do Movimento, Jaime Amorim, por exemplo, estariam em consonância com o requisito do perigo atual imposto no estado de necessidade?

É sabido que pela legislação pátria, havendo três ou mais pessoas se associando, com a finalidade de praticar um crime, *in casu*, um roubo, subtraindo coisa alheia mediante grave ameaça ou violência, será tipificada a conduta dos agentes ativos como do crime contra o patrimônio, respondendo, também, pelo delito de formação de quadrilha.

Para alguns autores, o movimento dos saques estaria relacionado com o roubo e formação de quadrilha e não acobertado pela excludente de antijuridicidade do estado de necessidade do furto famélico.

6. ALTERNATIVIDADE JURÍDICA PARA O SAQUE

6.1 Em busca de soluções

A lei que assegura o direito à vida é a mesma que pune os que contra a vida humana atuam. O alimento, por sua vez, é *conditio sine qua non*, de natureza orgânica, básica e instintiva, para a sobrevivência do ser humano.

A lei também reflete, em muitos casos, a ideologia e a alienação que permite a hegemonia da visão do mundo da classe dominante, resguardando seus interesses políticos e econômicos particulares através do falseamento da realidade social.

*"O Direito possui um caráter fortemente ideológico e, se é verdade que não traduz mecanicamente a vontade de determinada classe social ou, então, as condições necessárias à manutenção de um certo modo de produção, é certo que emana de determinados interesses de segmentos sociais que, em um dado momento, são hegemônicos. Esses setores sociais hegemônicos influem decisivamente e com regularidade no processo de elaboração legislativa e, posteriormente, na interpretação e aplicação do Direito, enquanto que os segmentos sociais momentaneamente inferiorizados na luta política e ideológica não conseguem fazê-lo com a mesma eficiência e intensidade."*⁸

No caso do saqueador, simpatizante do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), sua realidade encontra-se num contexto sociocultural simultâneo e articulado na dinâmica da vida social, marcado tanto pelo contato com os órgãos de repressão e de assistência quanto por suas estratégias de sobrevivência.

Preliminarmente, porém, faz-se mister acentuarmos que a disparidade das classes sociais está evidenciando, cada dia mais, as péssimas condições de subsistência da maioria do povo brasileiro, sendo que o grito de clamor das comunidades carentes, em especial, os trabalhadores rurais, está encontrando ressonância no Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), movimento esse que existe de fato, mas não de direito.

⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. Pontes, *Os Juizes, a Hermenêutica e o uso Alternativo do Direito Recife*: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, 1991.

Emprego, moradia, saúde, educação e dignidade são reivindicações constantes dos saqueadores e a falta desses requisitos são, quase sempre, as justificativas das pilhagens em supermercados, mercearias etc.

Ao saquearem, terão violado o pacto social imposto, negando o que há de mais sagrado e fundamental para a garantia do controle dos indivíduos: o reconhecimento da autoridade e legitimidade absoluta das leis, demonstrando não se conformarem com a pequeníssima parte que lhes for destinada dos benefícios da sociedade.

Então, o moralismo da ideologia dominante, o qual, através do controle social inibe os comportamentos ilegais, não está sendo mais suficiente para dominar os indivíduos, sendo, portanto, substituído pela força declarada na conquista de seus instintos básicos de sobrevivência: o combate à fome.

Apesar do domínio ideológico da classe que detém o poder social, fato é que o Direito Penal, como ramo da Ciência Jurídica, protege, severamente, não todos os bens juridicamente importantes, mas, sim, os bens fundamentais de valores permanentes como a vida humana, a integridade física do homem, a honra, o patrimônio, a segurança pública etc.

Irrefutável é que o Direito Penal, pela própria natureza dos bens tutelados, ao proteger a vida, por ser essencial à existência humana, não privilegia classe social, garantindo, apenas, o desejo coletivo de justiça, e não apenas a justiça considerada como tal por determinado segmento da sociedade.

A conduta dos saqueadores, quase sempre estimulada pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), dentro de um contexto de miserabilidade

social advinda do fenômeno cíclico da seca, no nordeste do país, especificamente falando, deve ser analisada à luz das noções de Direito Alternativo e Uso Alternativo do Direito inserido no Direito Penal.

6.2 Breves considerações sobre Direito Alternativo e Uso Alternativo do Direito

O Direito Alternativo implica a possibilidade da tese de que não apenas o Estado detém o poder de criar e aplicar normas de conduta, mas, também, a sociedade, mais especificamente o segmento mais carente (favelas, ocupações urbanas e rurais), espontaneamente e informalmente criaria regulamentos para organizar suas relações sociais, no interior de sua comunidade, apenas.

É o conteúdo que retiramos do ensinamento de Miguel Pressburguer:

"... as comunidades urbanas e rurais à margem do Estado de Direito têm criado internamente normas de conduta que têm eficácia, tal como o direito estatal normatizado. Essas regras de conduta, verdadeiras normas consensuais, pois não escritas, têm-se demonstrado adequadas e eficientes, por melhor levar em conta as relações sociais vigentes, por não serem discriminatórias dentro de uma sociedade plurirracial e por se basearem em padrões outros que o de meramente assegurar a reprodução do modo de produção capitalista".⁹

⁹ PRESSBURGUER, Miguel, *Direito Insurgente: O Direito dos Oprimidos*. In: LIÇÕES DE DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica, 1991, p.14.

Conceito diferenciado, mas muito confundido por doutrinadores é o do Uso Alternativo do Direito. Distingue-se, preliminarmente, pelo fato de que o Direito Alternativo é a configuração de um Direito que coexiste ao lado do Direito formal e estatal, enquanto que o Uso Alternativo do Direito é uma nova forma de interpretação do Direito estatal, de modo que possibilite avanço de lutas populares, através de críticas, as quais democratizariam os efeitos da norma.

Brilhante e cristalinamente, o estudioso da matéria, Ricardo de Brito Freitas, nos ensina:

“Conceituando o uso alternativo do Direito, sustentamos tratar-se de uma nova maneira de interpretar e aplicar o Direito Positivo pelos seus responsáveis em geral, de modo a propiciar resultados que favoreçam aos segmentos sociais cujos membros encontram-se, na prática, alijados da cidadania, tendo perdido, conseqüentemente, o direito a ter direitos e a exercê-los de forma efetiva”¹⁰

Então, o Uso Alternativo do Direito ocorreria no âmbito dos operadores jurídicos, quais sejam: advogados, promotores de justiça e Magistrados, estando, portanto, inserida na relação triangular do Direito e não seria operado por organizações populares.

Importante notar que o objetivo principal do Uso Alternativo do Direito seria a aplicação mais justa do Direito, através de uma nova interpretação do ordenamento jurídico estatal, aproveitando-se das contradições, prin-

¹⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A Pontes, op. cit., nota 8.

cípios caducos e lacunas existentes na legalidade, impostas pela classe dominante e se utilizando dos espaços já conquistados para imperar a democracia da justiça.

6.3 Prática jurídica do Uso Alternativo do Direito

Dentro do desenvolvimento do tema abordado, neste trabalho, ultrapassamos a fase da explicação, na qual tornamos evidente o que estava implícito; posteriormente, na discussão, comparamos os vários posicionamentos que se entrecrocavam dialeticamente, e, finalmente, demonstraremos, a partir das verdades alcançadas neste trabalho, novas verdades sobre o tema.

Através de todo o exposto, observamos que os saques, quando previamente planejados, divulgados pela imprensa e incitados por organizações sociais, como o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), particularmente falando, não conseguem convergir os pressupostos essenciais da configuração de uma excludente de ilicitude.

Para se justificar legalmente uma conduta que normalmente seria considerada como crime, mas que, por circunstâncias peculiares é permitida pelo Direito, por se tratar de um exercício de direito de defesa, faz-se necessária a existência de certos requisitos. Se constatada a ausência de um só desses requisitos, já se exclui a causa justificante da antijuridicidade.

No caso específico do estado de necessidade, sabemos que o texto legal desdobra essa excludente de antijuridicidade em: inevitabilidade da conduta lesiva; inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado; conhecimento da situação justificante; situação de peri-

go atual; ameaça a direito próprio ou alheio; situação que não seja voluntariamente causada pelo sujeito e inexistência do dever legal de enfrentar o perigo.

O furto famélico caracterizado pelo estado de necessidade, no nosso direito moderno, necessita que, como espécie do gênero furto que é, a conduta do agente se realize sem violência ou grave ameaça à pessoa da vítima, sob pena de ser caracterizado como o crime de roubo. Ficando evidente, por sua vez, que não poderá invocar a justificativa quem pratica o delito de roubo, mas, somente quem com sua ação pratica o crime de furto, em estado de necessidade.

Destarte, ainda subsiste a criação jurídica do furto famélico, acobertado pelo estado de necessidade, que se configura quando uma pessoa em estado de completa penúria financeira, passando privações alimentares, furta alimento de casa residencial ou comercial, fazendo-o sem premeditação do ato, mas quase que em razão do instinto, no momento em que a sobrevivência grita mais alto do que o respeito ao patrimônio alheio.

Ora, as ações de saque realizadas pelas organizações sociais do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), Movimento dos Trabalhadores (MT) e a Federação dos Trabalhadores na Agricultura de Pernambuco (Fetape) ao, publicamente, reconhecerem que estão treinando membros dos "sem-terra", os quais se apresentam, invariavelmente, munidos de seus instrumentos de trabalho (foices, enxadadas, facas peixeira) em tom, no mínimo, ameaçador, não podem, racionalmente falando, ser acobertadas sob a alegação de estado de necessidade do furto famélico.

Pelo simples motivo de ser um dos requisitos da causa de exclusão da antijuridicidade do estado de necessidade que o perigo seja atual, isto é, o perigo deve estar acontecendo naquele momento, sem premeditações, em busca de saciar carências básicas de alimentação, o agente que pratica o saque dos "Sem-Terra" não pode ser considerado como absolvido pela causa justificante.

Se há um planejamento prévio para daqui a alguns dias saquear, arrombando supermercados e centrais de abastecimento, em prol de aplacar a fome de pessoas, as quais não gozam de condições financeiras, então, o perigo não é atual, mas futuro, *in casu*. Se o perigo já ocorreu, a conduta do agente não é preventiva, mas vingança ou comportamento contra a lei. Se o perigo é futuro, poderá haver, então, a intervenção de autoridade pública competente para evitar a consumação e, nesse caso, o perigo poderia ser evitado por outro meio, não estando caracterizado o estado de necessidade.

Ademais, se acobertado pelo manto da excludente do estado de necessidade, havendo a ocorrência do furto famélico, não se justifica a subtração de materiais de limpeza ou eletrodomésticos, sob pena de se descaracterizar a exclusão da antijuridicidade, pelo simples fato de ser indispensável que o agente tenha a real intenção de preservar o bem posto em perigo, *in casu*, a sobrevivência.

Logo, podemos dizer que os saques realizados pelos movimentos de comunidades rurais, Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), Movimento dos Trabalhadores (MT) e da Federação dos Trabalhadores na Agricultura de Pernambuco (Fetape) são provenientes de regulamentações no interior da pró-

pria comunidade que os criou, e, como tal, regulam as ocupações de propriedades e ações de saques, desprezando o Direito estatal, pois para essas organizações o respeito à norma vigente seria apenas a legalização da ideologia da classe burguesa.

Vê-se, pois, que a natureza das ações dos referidos movimentos é consolidada pelo direito criado e aplicado pela própria comunidade, sendo, portanto, *contra legem*, assim como *contra legem* é a natureza do Direito Alternativo. Visualizam o Poder Judiciário como mero porta-voz dos interesses da classe dominante e diante de tal argumento criam movimentos sociais à deriva do ordenamento jurídico para compor seus próprios litígios.

Há inúmeras teses jurídicas de natureza progressista que, sem afrontar o princípio da legalidade, podem ser aplicadas pelos operadores do Direito através da criação jurídica, inserida no Direito Estatal. Assim, o Direito feito *secundum legem*, através de interpretação progressista por parte do aparelho judiciário tem a credibilidade de novos critérios hermenêuticos com o Uso Alternativo do Direito. Sobretudo o princípio da legalidade penal deve ser respeitado, posto que é uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, inciso XXXIX da Magna Carta, e visa a impedir vinganças pessoais por conta do livre arbítrio estatal, assegurando maior ordem e segurança jurídica pelo simples fato de o indivíduo poder prever a reação estatal ante sua conduta delituosa.

De fato, não cabe ao operador jurídico simpatizante do Uso Alternativo do Direito apenas traduzir os anseios da maioria da sociedade para obter sentenças

mais justas, sob pena de se legitimar, por exemplo, um linchamento de um estuprador cuja vítima é uma menor de idade, apenas porque a sociedade considera justo, naquele momento, sob o auge da emoção, tal punição. Pela própria deficiência de conhecimento, não obstante ter sentimento de justiça, o homem médio, da classe menos favorecida, não possui uma idéia adequada da justiça.

Nesse sentido, a Santa Inquisição, os esquadrões da morte, o nazismo e o fascismo encontraram respaldo no sentimento exacerbado de "justiça" em que a moralidade popular refletia uma mentalidade defasada no tempo.

No Direito Penal, em razão da magnitude dos bens jurídicos a serem protegidos, como a vida, a integridade física, deve haver maior rigor na aplicação restrita das normas penais, pois a possibilidade de existência de um Direito Penal Alternativo implicaria sérios problemas. Tudo porque o "direito" criado pelos excluídos dos movimentos sociais poderia gerar práticas atentatórias contra os Direitos Humanos, resultando, assim, em injustiça contra os próprios membros da coletividade.

O Direito Penal, como ramo da Ciência Jurídica, possui lacunas na lei como todo ramo do Direito e, nesse contexto, é que o Uso Alternativo do Direito poderá tentar amenizar as diferenças entre o dominante e o dominado, simplesmente havendo rigidez na aplicação da lei e alternatividade na interpretação da mesma, podendo em favor do réu pobre, processado por delito contra patrimônio em decorrência de sua situação eco-

nômica, *in bonam parte*, aplicar a excludente de ilicitude. O que não se permite é que o intérprete jurídico, *contra legem*, queira a todo custo legalizar condutas, as quais são amplamente aprovadas pela comunidade de onde surgiram, sob pena de acarretar maiores injustiças contra os mesmos elementos dessa comunidade. Sim, porque ao saquearem estabelecimentos comerciais, merendas escolares e centrais de abastecimentos estão pondo em risco o direito fundamental de outros cidadãos, representados pela dignidade humana.

Logo, faz-se necessário que haja uma prática jurídica do Uso Alternativo do Direito na luta pela semelhança que for possível entre os homens, uma vez que tratar desiguais com igualdade é injustiça, pois branco, preto, índio, esquerdista e direitista, pobres e ricos não são evidentemente iguais.

Tal prática visaria a maior aproximação entre as classes sociais, aumentando-se os processos sociais aproximativos (solidariedade e paz), diminuindo-se, por via de conseqüência, os processos sociais de distanciamento, como a competição e o conflito decorrentes da gritante diferença financeira entre os segmentos da sociedade.

À medida que os operadores jurídicos perseguirem o ideal da semelhança possível entre os vários segmentos sociais, através do Uso Alternativo do Direito na aplicação e interpretação da lei, estaremos almejando algo razoável, e não inatingível, como a igualdade absoluta entre os homens. E nesse sentido, lutando pelo razoável, encontraremos o justo e conseqüentemente o bem-estar social.

7. CONCLUSÃO

Miguel Reale defende que "*a vida jurídica se desenvolve numa tensão de valores e que o direito existe dada a possibilidade de serem os valores violados, sobretudo aqueles considerados essenciais à convivência humana*".

Mas em virtude de ser o homem um ser imperfeito e diante do fato de que a ordem jurídica é produto do pensamento humano, é compreensível encontrarmos falhas e imperfeições no sistema jurídico, as quais impossibilitam a realização plena da justiça. Não obstante, o ideal de justiça é inerente à humanidade e revela um apelo coletivo, levando o homem à procura de um aperfeiçoamento maior, refletindo a preocupação pela real concretização do justo.

No caso em concreto dos saques, faz-se mister ressaltar que é função das autoridades governamentais competentes, diante do aviso do risco da grande seca que assola o nosso sertão nordestino, aprenderem com as experiências passadas a lição de que deve ser usado o dinheiro público com soluções mais definitivas e não com medidas paliativas de programa de assistência, distribuição de cestas básicas e criação de frentes de trabalho.

O anseio da população pobre por condições básicas de sobrevivência deve ser escutado pelos governantes e pela sociedade, como um todo. É direito do ser humano, em razão de sua dignidade, ter garantidos emprego, saúde, educação, moradia, segurança, requisitos básicos defendidos constitucionalmente.

Ora, para se evitar que segmentos da comunidade economicamente desfavorecida legislem suas próprias relações sociais, evitando a solução de seus conflitos internos através do aparelho judiciário, com a possibilidade de causarem danos a seus pares, é que defendemos o Uso Alternativo do Direito dentro dos espaços e dos limites da legalidade.

Nesse sentido, o saque proveniente de movimentos sociais, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), por exemplo, apesar de ser "direito" criado pelos "excluídos", é caracterizado por atentar contra direitos humanos de outros membros da coletividade desfavorecida, sendo, em última análise, uma injustiça.

O justo, por sua vez, está condicionado à aplicação da norma, sem opção por ricos ou pobres. Cabe aos operadores do Direito lutarem por essa igualdade. Destarte, os advogados devem se conter no exercício de sua missão, visando sempre à responsabilidade na luta permanente por uma Justiça mais justa e igualitária. O Parquet Estadual, como fiscal da lei, deverá sempre ser vigilante em tempo integral, sem qualquer indolência. Os Magistrados, mais austeros e atentos em desfazerem os ardis processuais, não tolerando nem dando apoio a arbitrariedades. Estaríamos, então, bem mais próximos do ideal da Justiça.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALVES, Roque de Brito. *Programa de Direito Penal*. Recife, 1988.
2. BARROS, Aidil Jesus Paes de. *Fundamentos de Metodologia*. São Paulo, 1986.
3. BRUNO, ANÍBAL. *Direito Penal*, parte geral. Rio de Janeiro, [s.n.], 1959. Tomo II
4. CARVALHO, Amílton Bueno de. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
5. COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da Filosofia*. 3.ed. São Paulo, [s.n.] 1988.
6. DELMANTO, CELSO. *Código Penal Anotado*. 3.ed. Rio de Janeiro, 1991.
7. DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Matérias publicadas de 28.04.98 a 25.02.99.
8. DURHAN E. R.. *A Dinâmica Cultural na Sociedade Moderna*, Ensaio de Opinião.
9. FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5.ed. São Paulo, [s.n.], 1995.
10. FREITAS, Ricardo de Brito A Pontes. *Os Juizes, a Hermenêutica e o uso Alternativo do Direito*. Recife: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, 1991.

11. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. O Uso Alternativo do Direito Penal Privado: Algumas observações sobre a sua possibilidade. *Revista da ESMape*, Recife, v. 2, n. 4, 1997.
12. GOLDSCHIMIDT, Werner. *La ciencia de la justicia: dikelogia*. Madrid: Aguilar, 1958.
13. GUILHON DE ALBUQUERQUE, José Augusto. *Instituição e poder*. Rio de Janeiro: [s.n.], Graal, 1980.
14. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: [s.n.]1985.
15. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1983. v.1
16. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, parte geral. São Paulo: [s.n.], 1985. V.1 e 2.
17. LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: [s.n.], 1985.
18. NUNES, PEDRO. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 12.ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1990.
19. PRESSBURGUER, Miguel. Direito Insurgente: O Direito dos Oprimidos. In: LIÇÕES DE DIREITO ALTERNATIVO. São Paulo: Acadêmica, 1991.
20. RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime - a ordem pelo avesso*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

21. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9. ed. São Paulo : Ed. Saraiva, 1982.
22. ROCHA, DÁRIO. Considerações Digressivas e nem Sempre Ortodoxas de Como e Porquê Ser e Não Ser Alternativo. *Revista da ESMape*, Recife, v.3, n.7, 1998.
23. RODRIGUES, Maria Stella Vilela Souto Lopes. *ABC do Direito Penal*. 10.ed. São Paulo: [s.n.], 1988.
24. SOUTO, Cláudio. Direito Alternativo: em busca de sua teoria sociológica. *Revista da ESMape*, Recife, ano 1, n.1, jun. 1996.
25. VERA, Armando Asti. *Metodologia da Pesquisa Científica*. Porto Alegre: [s.n.], 1983.
26. VON HAYEK, FRIEDRICH. *Law, Legislation and Liberty*. [s.l.]: [s.n.], 1976. v. 2.
27. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*; parte geral. São Paulo, [s.n.]: 1997.
28. _____ . *Teoria del Delito*. Buenos Aires: [s.n.] 1973.

CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS (Relendo Franco Basaglia)

Caetano Lagrasta Neto

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal – São Paulo e Secretário
do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (SP)

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS E DOENÇA MENTAL. 3 - A CRISE SOCIAL E DA GLOBALIZAÇÃO E A CRIMINALIDADE. 4 - LUTA DE CLASSES E O SÉCULO DO CÉREBRO. 5 - QUESTIONAMENTOS E CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

Ao reler Franco Basaglia ('O Homem no Pelourinho', ensaio de março de 1974, traduzido pelo psiquiatra Paulo Fernando Barnabé), hoje (maio de 2000), uma indagação se impõe: na verificação da sanidade do delinqüente, ou do menor infrator, estarão reunidas as duas espécies de segregação social (prisão e manicômio), como tentativas de tutela na defesa da ordem pública?

Partindo-se do fato de que ao juiz não é lícito julgar ou extrair convicção de processo, procedimento ou inquérito, instaurados contra ser humano enfermo que, ao final, acaba julgado como se doente não fosse, impõe-se-lhe antigo dilema: delinqüente ou infrator doente não se submetem à tipologia penal ou ao estatuto protetor, se

não se aferir o estágio de insanidade, de ausência ou deficiência de autodeterminação, quando da prática do ato anti-social, visando à aplicação da semi-imputabilidade ou da inimputabilidade.

2. SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS E DOENÇA MENTAL

A utilização crescente de substâncias psicoativas (álcool, tóxicos, anfetaminas, etc.), que deve conduzir à constatação da dependência (física ou psíquica), tem revelado que a prática do delito tornou-se meio para garantir o uso compulsivo da própria substância e, o que é pior, nos delitos contra o patrimônio a violência é utilizada duplamente: também, para saldar débitos junto ao traficante.

A estrutura do Estado não mais consegue esconder ou negar a interferência do tóxico nos presídios e nas fundações de tratamento à criança e ao adolescente. Duas notícias (**Folha de S.Paulo**, C 7 e 12, de 17.05.2000) informam que psiquiatras e psicólogos da Universidade Federal de São Paulo tentarão identificar sintomas de 'síndrome de abstinência' de entorpecentes em menores da FEBEM, de Franco da Rocha (SP), avaliação solicitada pelo próprio secretário de Assistência e Desenvolvimento Social, Edson Ortega, que confirma: "Menores me disseram que muitos estão na 'fissura' e por isso fazem rebeliões". Por outro lado, o jornalista Aureliano Biancarelli noticia que o Ministério da Saúde se prepara para implementar no Rio Grande do Sul ousada e polêmica experiência: a troca de seringas entre os detentos do presídio central de Porto Alegre. E acrescenta: "...entregar

seringas aos presos significa reconhecer o uso de drogas entre eles. Mais que isso: seria admitir que a droga entra e circula dentro dos presídios, o que é uma realidade, não um fato aceito". Informa ainda que recente pesquisa naquele Estado mostrou que 40% dos dependentes tinham alguma passagem pela polícia ou pela Justiça, por uso de entorpecente, e desses, 48% "estavam infectados pelo vírus da Aids". E, conclui, citando o secretário da Saúde, Ricardo Kuchenbecker: "O que mostra uma relação próxima entre drogas, HIV e criminalidade". E, por que não, doença mental, a título de dependência psíquica?

Ao mesmo tempo em que se cuida de prever e punir o impulso à prática do delito, atendida a compulsão ao consumo, procura o doente evitar a chacina, inclusive de parentes, por dívidas com o traficante, enquanto se vê infectado pelo vírus da Aids, vivendo num horrível círculo vicioso de crime e doença.

A **loucura**, como antigamente admitida – a incentivar a segregação absoluta, também como consolo e refrigerio à vergonha da família do doente – confunde-se, hoje, com o vício ou a infecção, pelo uso de substâncias psicoativas (especialmente o álcool) ou drogas injetáveis, através de seringas contaminadas. O fumo e o álcool têm sido francamente permitidos, propagandeados e disseminados em nossa sociedade, especialmente entre os jovens, ainda que não se analisem suas reais conseqüências, diante da crescente onda de violência, ou da prática de delitos gratuitos e em série, quer ainda pela interferência de internet, filmes, vídeos ou da própria televisão. Por outro lado, está-se diante da precariedade das soluções no âmbito da saúde pública e dos sistemas carcerários e insti-

tuições minoristas, dirigidos à reeducação, readaptação e tratamento de encarcerados, crianças e adolescentes, além de doentes mentais, aos quais misturam-se os infectados, sem qualquer resultado positivo.

3. A CRISE SOCIAL E DA GLOBALIZAÇÃO E A CRIMINALIDADE

Impõe-se analisar duas outras variantes do raciocínio de Basaglia: a tortura durante os regimes de exceção e a crise do sistema pós-industrial capitalista (hoje, globalização), e suas influências na questão da saúde mental.

O que será mais pernicioso para o ser humano doente: sofrer tortura durante a detenção, mesmo antes de ser denunciado, ou durante o processo e após a condenação, como consequência de sistemas policial e prisional abjetos, ou garantir-lhe desde logo a assistência nas hipóteses de imputabilidade ou de rebaixamento da compreensão, quando da prática de delitos?

Atribuiu Basaglia grande parcela desta crise de segregacionismo a variáveis econômicas, em especial à da produtividade, ao desaparecimento do pleno emprego e que, hoje, irá se refletir na discutível diminuição da hora trabalhada, com possibilidade de ampliação do mercado de trabalho e do aumento de tempo disponível para a família e para o lazer, conforme o exemplo da União Européia. A teoria do pleno emprego vem cedendo espaço àquela que admite que: se todos puderem trabalhar, haverá inegável melhora na qualidade de vida e aumento do consumo, ao mesmo tempo que estarão sendo impostas restrições a um capitalismo financeiro volátil, que desde-

nha o ser humano e a crise social, e que busca impedir atividades alternativas, que escapem à ditadura da empresa multinacional e do trabalhador autômato.

Se o prisioneiro paga por falta praticada, em detrimento da convivência humana e da sociedade, o doente é internado por algo que não cometeu. Mas, é evidente também que o infrator doente não pode ser objeto da aplicação mecânica da internação ou de tratamento ambulatorial, por absoluta insegurança de meios quanto ao resultado e em razão de um arremedo de processo ou precariedade de exames periciais e atendimento em hospitais psiquiátricos, vendo-se segregado por ilegal e injusta sentença: **condenado quando deveria ser tratado**, ou tratado e segregado quando deveria ser julgado.

O progresso da Medicina e da Farmacologia determinam, ao menos, o prévio diagnóstico para que haja a possibilidade de separação e tratamento ambulatorial e medicamentoso ou, em casos excepcionais, a internação em estabelecimento adequado. Ademais, o fato de que não se possa cogitar de número expressivo de presos ou doentes reabilitados, recuperados ou reincorporados à sociedade, não deve ser confundido com a proverbial incapacidade ou desídia do Estado para encontrar meios efetivos de tratamento e readaptação. Por outro lado, se não se pode falar no desaparecimento da tortura, evidencia-se que ela continua sendo aplicada ao criminoso comum, acenando-se com sua volta para conflitos, como os da terra, ora ditos políticos, e aplicação de leis de exceção, como a de segurança nacional.

A alta comissão de Direitos Humanos da ONU, Mary Robinson, critica as políticas agrária e indigenista

do governo brasileiro e pergunta como tanta terra encontra-se nas mãos de tão poucos, para responder: "Isso é inadmissível numa democracia" (**Folha de S.Paulo**, A p.6, 18.05.2000). Acresce que, depois de nove anos, o Brasil apresentou à ONU o "Primeiro Relatório Relativo à Implementação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes", prazo idêntico para que o Congresso aprovasse a Lei n. 9.455/97, sobre a tortura. No mesmo diário e data, o editorialista constata: "A sensação que fica é a de que, por afetar principalmente as classes baixas e os foras-dá-lei, não há interesse real em acabar com a tortura. De resto, ela ainda é lamentavelmente o principal 'método de investigação' de muitas polícias" (A p. 2).

Ao se buscar na repressão, na tortura ou no descaso à saúde pública, através da omissão da política oficial, uma falsa solução, capaz de pacificar consciências, enfatiza-se o abandono do governo a uma política social, que proporcione ao encarcerado ou ao enfermo condições mínimas de sobrevivência e dignidade. Ressalta, além disso, como mais desastrosa a manutenção do preso e dos menores infratores doentes, viciados ou infectados, sem qualquer possibilidade de tratamento ou, até mesmo, de diagnóstico, em programas de encarceramento e abandono invencíveis.

Diante desse quadro, vai surgindo como coerente considerar a criminalidade também como uma questão de saúde pública, pois as marginalizações social e econômica determinam, cada vez mais, a desconsideração dos direitos humanos e da cidadania, em prol de um maniqueísta combate ao mal e à violência. Enquanto isso, máfias, narcotraficantes e macroorganizações criminosas participam

ativamente do capitalismo financeiro, volatizando aplicações de lavagem de dinheiro e incentivando o consumo e dependência a substâncias psicoativas; dominam os guetos periféricos, favelas e cortiços, sob a falsa visão de patrocinar proteção e emprego às populações carentes e utilizam-se dos filhos dessas para continuar engrossando as fileiras do crime, sempre com a conivência de bancos particulares e estatais e a complacente timidez do Ministério Público e da Justiça, em suma, do Estado.

Não se trata de alardear solução que abarrote precários hospitais penitenciários com qualquer espécie de delinqüente ou infrator, como se doentes fossem, ou vice-versa. Ao se admitir que a internação estará sempre reservada para casos extremos de desequilíbrio ou doença mental irreversíveis (?), é evidente que, na maior parte dos casos, o julgamento, a partir do resultado do incidente de insanidade, poderá consistir na diminuição da pena ou na determinação de tratamento ambulatorial, controlado pelo juízo da execução da pena e com obrigatoriedade, quando possível, da participação da respectiva família.

4. LUTA DE CLASSES E O 'SÉCULO DO CÉREBRO'

A evidência da crescente e incontrolável dependência a substâncias psicoativas, não revela, como pretendia Basaglia, ao se referir à doença mental, uma subespécie da luta de classes, uma vez que também os filhos da alta e média burguesias têm sido convocados como "soldados" às fileiras da narcotraficância, sem que seja possível confundir a defesa eficaz e aparelhada – aos "endi-

nheirados” - com a medíocre ou inexistente defesa gratuita (convênio com a OAB ao invés da criação da Defensoria Pública), aos menos favorecidos. Exemplos têm sido constantes de ‘parcerias’ entre classes (caso do traficante “Marcinho VP”); de deputados envolvidos com o narcotráfico e o roubo de carga ou de toxicodependentes de classes abastadas, com defesas judiciais bem patrocinadas e que conseguem tratamentos ambulatoriais, ao contrário dos dependentes, desvalidos, abandonados à condenação em presídio, cegamente executada.

Jean-Pierre Changeux, biólogo de fama internacional, diretor de departamento do Instituto Pasteur, da França, em entrevista à revista “Label France” – n.38, janeiro de 2000 –, constata que avançamos muito na compreensão dos mecanismos moleculares que participam da comunicação entre os neurônios, através de substância química (neurotransmissor): “Agora nós conhecemos cerca de quarenta neurotransmissores e mais de mil receptores...” e, principalmente, “compreendemos cada dia melhor a natureza da química e o funcionamento”. As repercussões dessas descobertas são consideráveis, visto que: “Essas moléculas intervêm diretamente na percepção da dor, ou nos mecanismos de dependência a determinadas drogas”(pp. 22/23). Sua conclusão é a de que o século XXI será “o século do cérebro”, como o XX foi o do átomo e da biologia molecular. “O objetivo, a longo prazo, é compreender as bases neurais das funções superiores do cérebro humano, assim como de sua patologia”. O que, evidentemente, implica maiores investimentos na saúde e educação públicas, pois que o cérebro está no centro da aprendizagem e, conforme o entrevistador, jor-

nalista Emmanuel Thévenon : “até a adolescência, é possível reduzir o déficit intelectual inicial, desde que se estabeleçam programas educativos adaptados, sabendo-se que as deficiências espaço-temporais são mais fáceis de se resolver do que os atrasos em matéria de aquisição de linguagem”. Essas preocupações, certamente, fazem parte do ideário dos governantes brasileiros, não assim no que diz respeito a sua efetiva implementação, o que bem demonstra o atraso cultural e da pesquisa científica, como projeções para o novo milênio.

Considerado o fenômeno da “delinquência” dos sem-terra, dos grevistas ou dos sem-teto, etc, em razão da ausência do Estado na promoção de uma verdadeira política social e de ansioso acesso à divisão da riqueza ou da terra, novas formas de prevenção e repressão vêm sendo impostas e começa-se a tratar dos descontentes e miseráveis como transgressores políticos. Lógico que, sob esse aspecto, a se progredir no raciocínio da marginalização, e não da luta por direitos, logo estaremos retornando à tortura e às leis de exceção, isto é, a um passo de se utilizar a tortura e, reflexamente, da internação como forma de exclusão política, ou seja, a agressão psicológica e o manicômio como instrumentos “marginalizante(s) de classe”, na antecipação de Basaglia.

5. QUESTIONAMENTOS E CONCLUSÕES

A reabilitação dos segregados implica a reestruturação de todo o sistema social a que estamos submetidos, afastando-se a hipocrisia de que no Brasil os direitos humanos têm sido observados, ou que o governo propicia

condições mínimas de sobrevivência (saúde, segurança, habitação e educação). Pois, se não temos sequer para manter os mais sãos, como faremos para recuperar os doentes, os marginalizados e os criminosos?

Afinal, haveria interesse do Estado em recuperá-los ou reabilitá-los? E a sociedade civil – as ONGs empresariais, os convênios médicos, assistenciais e previdenciários – podem, devem, estarão preparados para substituir o Estado? Enquanto isso não ocorre, a Justiça deverá ser aplicada cegamente a todos, enfermos e delinquentes, pela mesma fórmula? E as famílias, que estão a sobreviver abaixo da linha de miséria, têm meios para receber de volta ou amparar o condenado, o doente ou o menor desviado?

Para que não haja a exclusão do “diferente” (assim nominado por Basaglia), temos que promover meios de adaptá-lo, cuidá-lo e recuperá-lo, caso contrário, ao invés de salvar o doente acabaremos, todos, por sucumbir, num trabalho de inútil benemerência, que não pode ser confundido com a estrita observância aos direitos humanos ou de respeito à cidadania.

Estabelecer um sistema exclusivamente aberto para doentes e criminosos, ou para menores ou adolescentes infratores perigosos, não é solução para a crise econômica ou para a instabilidade social. Infelizmente, não existem estatísticas confiáveis sobre a situação de qualquer destes sistemas: de saúde mental, de cumprimento de penas ou de segregação de menores; menos ainda da situação de infratores ou criminosos doentes. Se existisse, e mesmo assim, o resultado seria pífio: os advogados, os promotores de Justiça e os próprios juizes evitam pedir ou instaurar o incidente de insanidade (ou de dependên-

cia às substâncias psicoativas). Temor que se pretende ver justificado por uma falsa premissa: a de que estarão condenando qualquer daqueles a uma segregação perpétua, num manicômio cheio de excrementos e gritos, até que a reavaliação da temida medida de segurança permita a revogação dessa verdadeira pena.

Enquanto os próprios lidadores do Direito fazem vistas grossas à incapacidade do Estado, pelo tratamento desigual entre criminosos doentes e sãos, e fazem tabula rasa dos direitos do preso ou da obrigatoriedade de sua internação, mantendo-o em prisões superlotadas e infectas, acaba esse, pela própria fraqueza, por ser engolido pelo sistema, tornando-se escravo ou amante do chefe de cela, e, esquecido, ali permanece, até que a definitiva loucura (ou a morte) os separe!

O exemplo mais recente dessa incapacidade ou omissão do sistema judiciário e de saúde, e de seus lidadores, ficou evidente ao se decidir o destino do “Bandido da Luz Vermelha”, doente mental que, após cumprir longa medida de segurança, viu-se, ao ser colocado em liberdade, completamente desarticulado para o convívio social, rapidamente arrastado para uma previsível morte.

A conclusão imediata é a de que falta ao Brasil capacidade para o debate, para o enfrentamento de questões dessa natureza, de há muito relegadas a segundo plano e que, esquecidas pelo sistema, acabam por receber risíveis moções e advertências nos anais de congressos e encontros nacionais ou internacionais, absolutamente incapazes, sequer, de mostrar a falibilidade do sistema penal e de saúde pública, mas que, em última análise, apenas vêm confirmar o descaso com que são tratados doentes e delinquentes, em suma, os confundidos e injustiçados.

NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Carina Delgado Cadeia Reis

*Professora de Direito Administrativo da UFPE e Procuradora
Autárquica Federal*

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - EVOLUÇÃO. 2.1 - Origens Históricas. 2.2 - Origem Histórica no Brasil. 2.3 - Evolução Constitucional no Direito Pátrio. 2.4 - As Constituições Estrangeiras e os Partidos Políticos. 3 - ALGUMAS DEFINIÇÕES. 4 - NATUREZA JURÍDICA. 4.1 - No Direito Positivo Brasileiro. 4.2 - Na Doutrina Nacional. 4.3 - Numa Visão Comparada. 5 - CONCLUSÕES. 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Tema dos mais interessantes no amplo cenário dos partidos políticos é o concernente à sua natureza jurídica.

Para precisar a real natureza jurídica dos partidos políticos, mister empreender um exame acurado do sistema normativo. Realmente, cabe ao ordenamento jurídico de determinado Estado o papel de inserir ou não o partido político no contexto da Administração Pública, seja como ente despersonalizado, seja dotado de personalidade jurídica. A depender da vontade legislativa (consequência da vontade da sociedade em determinado momento histórico) pode, ainda, caracterizar-se como pessoa jurídica de direito privado ou de direito público.

Além de se observar a configuração jurídica do instituto em tela, impende perquirir, diante do conteúdo normativo a ser analisado, quais as conseqüências, os efeitos do seu enquadramento numa ou noutra categoria, esteja ela inserida ou não no aparelhamento administrativo.

Antes, porém, de tecer considerações sobre o tema em enfoque, impõe-se, a título de análise prévia e essencial à conclusão desta abordagem, primeiramente situar os partidos políticos no contexto histórico e constitucional e, em seguida, apresentar algumas de suas melhores definições doutrinárias.

2. EVOLUÇÃO

2.1 Origens Históricas

O problema dos partidos políticos, explica Afonso Arinos¹, está intimamente ligado à noção de democracia, mas apenas ao conceito moderno dessa filosofia política. Democracia, conforme Nicolas Murray Butler, é palavra antiga, porém o juízo que dela se faz hoje, bem assim as formas pelas quais é praticada são aquisições recentes da experiência histórica.

Pode-se afirmar, então, que inexistiam, dentro do sentido técnico atual da expressão, partidos políticos até o século XVII na Inglaterra, XVIII nos Estados Unidos e XIX na França.

Na Inglaterra, o surgimento dos regimes representativos se deu após a Restauração dos STUARTS, no

1 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e Teoria dos Partidos Políticos no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1960, p.9.

reinado de CARLOS II, quando se delinearam, com clareza, duas facções: de um lado os "tories", de outro os "whigs". Os primeiros defendiam os interesses dos grandes proprietários rurais e as prerrogativas da Coroa; os últimos, os da novíssima burguesia urbana. Dessa primeira divisão, paulatinamente, surgiram os Partidos Conservador e Liberal.

Nos Estados Unidos, a bipartição aconteceu um século após (fins do século XVIII). Não havendo, na estrutura americana, poder monárquico a limitar, dividiram-se os americanos ou na defesa da União contra a rebeldia dos Estados ou na autonomia destes contra a interferência daquela. "Centralização ou descentralização, a primeira simbolizada em HAMILTON, fundador do Partido Federalista, antepassado do Republicano; a segunda sob a liderança de JEFFERSON, cujos adeptos a princípio se chamaram republicanos".

Na França, inobstante haverem sido os seus publicistas do século XVIII – mormente Rousseau, Montesquieu e Sieyès – os verdadeiros idealizadores das democracias contemporâneas, foi apenas depois da Revolução e o Império, durante a Restauração Bourbonica (1814 a 1830) que se implantou o regime parlamentar e os partidos tomaram forma estável².

Segundo Orlando Carvalho³, a bem da verdade e rigorosamente, os partidos políticos só se organizam, no sentido atual do termo, no final do século XIX e no

2 Conforme observações de MENDONÇA, Otávio. *Partidos Brasileiros*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 17, n. 68, out./dez. 1980, p. 147.

3 CARVALHO, Orlando. Os Partidos Políticos e a Legitimação do processo político brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 16, n. 64, out./dez. 1979, pp. 60 e 61.

começo do século XX. "Quando se fala em partido político e se atribui esse conceito a facções ou grupos do princípio do século XIX, pratica-se um anacronismo". E mais adiante esclarece: "O primeiro partido democrático de massas, por exemplo, só aparece, na Alemanha, em 1875. Esse é partido de massa. Com a contribuição de cada associado para a Caixa do partido. (...) Os partidos políticos, que começaram como organizações privadas e hoje se inserem na estrutura do Estado, tiveram um começo recente. Todos os partidos são instituições novas na história ocidental".

Palhares Moreira Reis⁴ bem sintetiza a evolução histórica dos partidos políticos: "(...) até o início do século XIX, a existência do partido era, se não contestada, pelo menos não reconhecida pelo sistema político. Na verdade, somente desde quando se conferiu à Oposição o direito de participação efetiva e regular no processo político, é que se pode falar na existência de partido político. Assim, nada existia que permitisse ou, por outro lado, nada que impedisse a formação de um partido pelas leis então vigentes. No passo seguinte, os partidos se organizaram como associações de direito comum. Não havia maior diferença entre eles e as demais associações de pessoas, a não ser a finalidade ou objetivo (...). Uma terceira fase foi a do surgimento de leis específicas sobre os partidos políticos, sua organização, o controle de suas finanças e o seu procedimento de propaganda. Então os partidos passaram a ter existência legal, de natureza própria,

4 REIS, Palhares Moreira. Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a. 29, n. 114, abr./jun. 1992, p. 95.

supervisionada pelo Poder Público. Na última fase de sua história do ponto de vista jurídico, os partidos passaram a ter sua existência consagrada nos textos constitucionais (...)"

2.2 Origem Histórica no Brasil

No Brasil, verifica-se o fenômeno do surgimento dessas instituições durante a Regência, mais precisamente com o Ato Adicional (1834) e sua Lei Interpretativa (1840), visualizando-se, então, o Partido Liberal que pugnava pela maior autonomia das Províncias e o Conservador que almejava limitá-las ao mínimo compatível com o sistema unitário do Império.

Acerca da evolução partidária brasileira, merecedores de registro os seguintes trechos do didático artigo de Orlando Soares⁵: "Pode-se considerar que a pré-história dos partidos políticos brasileiros começa pouco antes da Independência, ocorrida em 1822; até então, 'partido' ou 'facção' eram palavras malvistas, abrangendo as sociedades secretas. (...) Em janeiro de 1822, o *Correio Braziliense* (órgão mensal, editado em Londres, a partir de 1808, sob a responsabilidade de Hipólito José da Costa Pereira Furtado de Mendonça) referia-se ao primeiro partido brasileiro, de fato: o Partido da Independência (...). Após a Independência, a repressão política se manteve implacável, provocando a Insurreição de 1824 (Confederação do Equador) e a

5 SOARES, Orlando. Origens das Organizações Partidárias e os Partidos Políticos Brasileiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a. 26, n. 103, jul/set. 1988, p. 171-172.

Rebelião Praieira (1848), ambas em Pernambuco, esta última já então sob influência socialista, inspirada nas idéias de Fourier. (...). Nesse contexto histórico, considerava-se a Regência de Feijó (1835) como marco em que se definiram as duas correntes políticas, que inspiraram daí em diante os dois grandes partidos políticos do Império: o Partido Conservador, liderado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, e o Partido Liberal, chefiado, dentre outros, por Manuel Alves Branco e Francisco de Paula Sousa e Melo”.

2.3 Evolução Constitucional no Direito Pátrio

As Constituições de 1824 e 1891 não fizeram qualquer menção aos partidos políticos. Com a Revolução de 1930, eis que surge, no cenário normativo, o Código Eleitoral de 32, instituindo o voto secreto, a representação proporcional e a Justiça Eleitoral.

A Constituição de 16 de julho de 1934 fazia breve alusão aos partidos políticos, ao estatuir, em seu art. 170, item 9, que *“o funcionário que se valer da sua autoridade em favor de partido político, ou exercer pressão partidária sobre seus subordinados, será punido com a perda do cargo, quando provado o abuso em processo judiciário”*.

A Carta de 10 de novembro de 1937 não fez referência a tais entes. Com o Estado Novo, tentou-se criar um partido único: a Legião Cívica Brasileira, anunciada em 27 de maio de 1938 por Amaral Peixoto, genro de Getúlio Vargas e interventor no Estado do Rio de Janeiro. A tentativa não logrou êxito. Na Ditadura de Vargas,

restou proibido o funcionamento de todos os partidos políticos.

Começam a surgir, a partir da redemocratização, em 1945, os partidos políticos de âmbito nacional.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 trouxe as seguintes disposições sobre os partidos políticos: Art. 40, parágrafo único: *“Na constituição das comissões, assegurar-se-á, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos nacionais que participam da respectiva câmara”*. Art. 48, § 1º: *“A infração do disposto neste artigo, ou a falta, sem licença, às sessões, por mais de seis meses consecutivos, importa perda do mandato, declarada pela câmara a que pertença o deputado ou senador, mediante provocação de qualquer dos seus membros ou representação documentada de partido político ou do Procurador-Geral da República”*. Art. 119. *“A Lei regulará a competência dos juízes e tribunais eleitorais. Entre as atribuições da justiça eleitoral, inclui-se: I – o registro e a cassação de registro dos partidos políticos;”*. Art. 141, § 13: *“É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”* (texto constitucional sem grifos).

“Com a mudança do regime em 1964, os partidos foram extintos pelo Ato Institucional nº 2, de 1965. E pelo Ato Complementar nº 4, logo a seguir, disciplinou-se a criação, pelos membros do Congresso Naci-

onal, de organizações com atribuições de partidos políticos, enquanto estes não se constituíssem”⁶.

A Constituição de 1967, em seu art. 149, rezava que “A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, e observados os seguintes princípios: I – regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem; II – personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos”.

“A alteração constitucional de 1969, formalmente Emenda Constitucional nº 1, introduziu várias modificações no Ordenamento Maior, porém a presença dos partidos políticos continuou na regra constitucional. A abertura política se manifestou alterando o art. 152 da Carta Maior pela Emenda Constitucional nº 11, a mesma que revogou os atos institucionais e complementares”⁷. Realmente, a idéia de restaurar o pluripartidarismo ressurgiu com a Emenda Constitucional de 1979, que extinguiu a ARENA e o MDB.

Assim dispunha a Carta de 1969 (já com alteração efetivada pela Emenda Constitucional nº 25/85): Art. 152. “É livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios: (...) IV – o partido político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral”.

6 REIS, Palhares Moreira. Ob. Cit., p. 96.
7 *idem*

Em derradeiro, a Carta Política de 1988 destina o Capítulo V do Título II ao disciplinamento dos partidos políticos (art. 17, incisos I a IV, e §§ 1º a 4º).

2. 4. As Constituições Estrangeiras e os Partidos Políticos⁸

Os partidos políticos só aparecem nas Constituições em meados do século XX.

Realmente, só após a Segunda Guerra Mundial é que as Constituições passaram a prever a existência dos partidos políticos.

O México foi o primeiro país a inserir na Constituição uma referência a partido político (Constituição de 1927 que faz alusão, no Título dedicado ao Poder Legislativo, a ‘partido político nacional’).

Na Itália, a Constituição de 1947, em seu art. 49, declara: “Todos os cidadãos têm o direito de se associar livremente a partidos e concorrer democraticamente na vida política nacional”.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, estatui, no art. 21, que “Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A sua fundação é livre. A sua organização interna deve corresponder aos princípios democráticos. Deverão prestar contas publicamente da procedência de seus recursos”.

A Constituição francesa, de 1958, declara, em seu art. 4º: “Os partidos e agrupamentos políticos concor-

⁸ Este tópico foi desenvolvido a partir dos registros contidos em BARBOSA, Alair. Partidos Políticos: aspectos do fenômeno. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a 26, n. 103, jul/set. 1989, p. 212-214.

rem para a expressão do sufrágio. São livres a sua formação e o exercício de sua atividade e eles devem respeitar os princípios da soberania nacional e da democracia”.

A Carta da Espanha, no art. 6º, prevê: “Os partidos políticos expressam o pluralismo político, concorrem na formação e manifestação da vontade popular e são instrumento fundamental para a participação política. Sua criação e o exercício de sua atividade são livres dentro do respeito à Constituição e à lei. Sua estrutura interna e funcionamento deverão ser democráticos”.

Em Portugal, a Constituição de 1976, em seu art. 10, estatui: “1. O povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico e das demais formas previstas na Constituição. 2. Os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional e da democracia política”.

3. ALGUMAS DEFINIÇÕES

Dá-se início a este tópico, citando a excelente ponderação de Paulo Bonavides⁹ com relação às dificuldades em fixar, com exatidão, uma definição de partido político: “Quem, na ânsia de encontrar uma boa definição de partido político, se dispuser a ler, da primeira à última página, as três obras máximas

9 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

que o século XX já produziu acerca dos partidos políticos – os livros clássicos de OSTROGORSKY (*La Démocratie et l'Organisation des Partis Politiques*), MICHELS (*Les Partis Politiques: Essai sur les Tendances Oligarchiques des Démocraties*) e DUVERGER (*Les Partis Politiques*) – há de concluir a leitura profundamente decepcionado: terá empregado em vão toda a sua diligência, pois a instituição em apreço é objeto ali de nenhuma definição”.

Jean Charlot¹⁰, ao iniciar a sua obra “Partidos Políticos”, busca enfatizar a origem da palavra partido e da expressão partido político, ao expor que: “O dicionário *Littre* define ‘partido político como uma ‘união de várias pessoas contra outras que têm um interesse, uma opinião contrária’. O termo seria emprestado, desde a Idade Média, do vocabulário militar: um ‘partido’ é uma ‘tropa de pessoas de guerra que se destaca para percorrer o campo (sentido derivado de partir, partilhar...); (...). Se o dicionário *Robert* (1962) insiste no que une – o partido é visto como uma ‘organização política cujos membros realizam uma ação comum para dar (ou conservar) poder a uma pessoa, a um grupo, de modo a fazer triunfar uma ideologia’ -, o *Grand Larousse Encyclopédique* (1963) enfatiza sempre o que divide, ao definir o partido como um ‘grupo de pessoas contrárias a outras pelas opiniões, pelos interesses etc”.

Para bem precisar o que realmente sejam partidos políticos, Jean Charlot cita os quatro critérios pro-

10 CHARLOT, Jean. *Os Partidos Políticos*. Trad. Carlos Alberto Lamback. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 5.

pugnados por Joseph LaPalombara. A partir desses critérios, poder-se-á apartar os partidos modernos dos protopartidos do final do século XVIII e do início do XIX, fazendo-se a distinção dos partidos políticos de grupos outros, como os de pressão, ligas, clubes etc. Sinteticamente, seriam os seguintes: a) uma organização durável (i.e., uma organização cuja expectativa de vida seja superior a de seus dirigentes); b) uma organização completa, incluída a escala local (implicando a existência permanente de relações entre o centro nacional e as unidades de base da organização), c) a vontade deliberada de exercer diretamente o poder (tal critério tem por escopo diferenciar os partidos dos grupos de pressão, que objetivam simplesmente influenciar o poder) e d) a vontade de procurar apoio popular (para distinguir os partidos dos clubes)¹¹.

Giovanni Sartori¹² assevera, em sua obra "Partidos e Sistemas Partidários", como ponto fundamental a questão da diferença conceitual entre partido político e facção. É, no seu entender, o partido um instrumento funcional para cumprir objetivos e desempenhar papéis. É um todo que busca servir aos propósitos desse todo. Já a facção consiste apenas em parte de si mesma, sem qualquer visão do todo. Assim, é possível definir o partido como "qualquer grupo político identificado por um rótulo oficial que apresente em eleições e seja capaz de colocar através de eleições (livres ou não) candidatos a cargo públicos".

Para Maurice Duverger¹³, o nascimento do partido político está relacionado com o surgimento dos grupos parlamentares e dos comitês eleitorais. Surge o partido com objetivos específicos de atuar no interior do parlamento. Mas, para ele, além dos partidos políticos que nascem a partir do Parlamento, há aqueles que teriam origem externa, ou seja, que surgem através de instituições pré-existentes (sindicatos, clubes, igreja...), cuja atuação não se situa no contexto parlamentar. Os partidos políticos com origem externa apresentam características opostas aos nascidos no âmbito parlamentar. Os primeiros surgem a partir da base, da militância, e são menos centralizados, isso, pelo menos inicialmente; enquanto que os segundos são formados pela cúpula e são muito mais centralizadores.

Torna-se relevante destacar o estudo efetivado por Orides Mezzaroba¹⁴ em seu artigo "O partido político: concepção tradicional e orgânica". Classifica, com didática, as concepções do partido político em duas subdivisões principais: a tradicional e a orgânica. Para o estudioso, a teoria tradicional "visualiza o partido político a partir de uma perspectiva fechada. A análise deste ente isolado está concentrada, basicamente, na sua forma organizacional e não no modo pelo qual se insere no contexto social. A teoria orgânica visualiza o partido político numa perspectiva aberta, criativa e dinâmica. A organização partidária não é somente um

¹¹ Idem, p. 6-7.

¹² SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982, p. 46-7, 85-7.

¹³ A síntese do pensamento de Duverger encontra-se no Artigo: MEZZAROBA, Orides

O partido político: concepção tradicional e orgânica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 122, abr./jun., 1994, p. 136-137.

¹⁴ MEZZAROBA, op. cit., 134.

simples instrumento eleitoral, mas um espaço político em condições de despertar no homem a sua consciência histórica. Assim, a atuação partidária deve ultrapassar o contexto organizacional ou parlamentar para, fundamentalmente, se articular à sociedade".

Em conclusão, colhe-se da lição de Palhares Moreira Reis¹⁵ uma clara e objetiva definição de partidos políticos. Para ele, consiste numa "associação de pessoas organizadas, tendo em vista participar, de modo permanente, do funcionamento das instituições e buscar acesso ao Poder, ou ao menos influenciar no seu exercício, para fazer prevalecer as idéias e os interesses de seus membros". E continua: "Estas idéias e estes interesses, reputados como os mais convenientes para a comunidade, se pretende sejam convertidos em lei ou em linhas de ação política do Governo". Observa, outrossim, possuir o partido político, no regime democrático, três finalidades, a saber: a) servir de agente catalisador de uma determinada corrente de opinião; b) selecionar e enquadrar eleitos e c) educar e informar o eleitor.

4. NATUREZA JURÍDICA

4.1. No Direito Positivo Brasileiro

No sistema constitucional pátrio, verifica-se, de logo, mediante leitura atenta do § 2º do art. 17, que os partidos políticos consistem em pessoas jurídicas de direito privado.

Deveras, a Carta Magna vigente, ao mencionar que os partidos políticos, após adquirirem personalidade ju-

15 Ob. Cit., p. 94-95.

rídica na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, fez operar uma mudança radical, eis que o registro deixou de se dar no Tribunal Eleitoral (sistema anterior) para passar a ocorrer no Cartório de Títulos e Documentos.

Nem sempre, contudo, no Brasil, os partidos políticos assumiram a roupagem de pessoas jurídicas de direito privado.

É de bom alvitre fazer-se breve retrospectiva. De acordo com o Código Eleitoral de 1932, configuravam-se os partidos como pessoas jurídicas de direito privado. Pois bem, a aquisição da personalidade jurídica dava-se com o registro no cartório competente.

Num passo seguinte, a Lei Eleitoral de 1945, ao prever partidos políticos nacionais, cuidou da sua formalização como simples associações civis.

A grande modificação no tocante à natureza jurídica dessas entidades veio com o art. 132, da Lei nº 1.164, de 26 de julho de 1950, que considerou os partidos como pessoas jurídicas de direito público interno. Também a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, de 15.07.65, estabelecia, em seu art. 2º, os partidos como pessoas jurídicas de direito público interno, que adquiriam personalidade jurídica com o registro no Tribunal Superior Eleitoral (art. 3º). Tal previsão manteve-se em 1967 e em 1969.

Comentando a caracterização dos partidos políticos como pessoas de direito público, asseverou Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶: "Do ponto de

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* Belo Horizonte, 1966, p. 70 e 72.

vista jurídico, o partido se apresenta, portanto, como uma instituição. Sua posição, embora próxima à das autarquias, não pode ser com a destas confundida. A autarquia depende do governo. Surja ela de uma descentralização, venha ela do setor privado por uma encampação ou por uma desapropriação, seja maior ou menor a autonomia de sua direção, não há autarquia independente do governo. Ao contrário, na Democracia ocidental, e muito mais na Democracia marxista, é o partido que subordina a si o governante. Não é ele, por assim dizer, um instrumento do governo, mas é o governo que é seu instrumento. Ou, ao menos, o governo só é governo porque foi partido”.

Rezava o art. 152, IV, da Carta de 1969 (com a alteração implementada pela Emenda Constitucional nº 25/85), que “o partido político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral”.

Como se vê, o nascimento do partido político, no mundo jurídico, dependia do registro no Tribunal Superior Eleitoral. Em face desse tratamento constitucional, pode-se concluir, sem sombra de dúvidas, que detinha a Justiça Eleitoral uma verdadeira função constitutiva.

O quadro que se apresenta na Constituição Federal de 1988 é bem diverso. Pode-se afirmar, no máximo, que ao Tribunal Superior Eleitoral remanesceu uma função meramente fiscalizadora, mas jamais constitutiva.

Esse foi o entendimento de pronto defendido por

Célio Borja¹⁷, ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em entrevista concedida ao Jornal “Hoje em Dia” (Belo Horizonte, 11.5.92): “a Constituição restabeleceu a liberdade de agremiação para fins políticos, uma coisa que desapareceu da nossa legislação em 1946. A Constituição de 46, mesmo sendo um modelo de liberdade, fazia dos partidos instituições de Direito Público e, assim, eles eram mais órgãos do Estado do que representação da sociedade. A Constituição de 88 restabeleceu o direito irrestrito de associação, inclusive para fins políticos, e deu aos partidos inteira liberdade de organização, mas formula poucos pontos que devem ser atendidos para sua criação. São essas questões que a legislação vai definir”.

A essa conclusão também chegou Palhares Moreira Reis¹⁸, ao obtemperar que pela “norma ora em vigor, criação, alteração estrutural e dissolução de partido é de inteira liberdade, exigindo-se apenas a obediência aos princípios fundamentais do sistema partidário inscritos da Superlei, que igualmente dá plena liberdade de organização e disciplina, apenas sob a supervisão da Justiça Eleitoral, no que concerne ao seu registro e ao uso dos dinheiros para suas atividades” (original sem grifos).

A regulamentação do art. 17 da Lei Fundamental veio com a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. No art. 7º da referida lei, verificam-se os efeitos do registro do estatuto do partido na Justiça Eleitoral, quais

17 Apud DANTAS, Ivo. Dos Partidos Políticos. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. Fortaleza, a 8. Jul. de 1994, p. 52.

18 Ob. Cit., p. 97.

sejam: a) a participação no processo eleitoral; b) a recepção de recursos do Fundo Partidário; c) o acesso gratuito ao rádio e à televisão; d) a exclusividade de sua denominação, sigla e símbolos.

Enfim, pode-se dizer que o constituinte fortaleceu, e muito, a autonomia dos partidos políticos, diminuindo, sensivelmente, o controle do Poder Público sobre eles, visando, como ressaltado por Michel Temer¹⁹, “tentar criar (ou fortalecer) partidos políticos sólidos, comprometidos com determinada ideologia político-administrativa, uma vez que o partido há de ser o canal condutor a ser percorrido por certa parcela da opinião pública para chegar ao governo e aplicar o seu programa”.

4.2 Na doutrina nacional

Com efeito, como já se disse alhures, é discussão acadêmica das mais interessantes, a de buscar fixar a verdadeira natureza jurídica desses entes.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁰, no Vol. 2 de sua obra “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, os partidos políticos constituem uma categoria *sui generis* de pessoas jurídicas, a que ele denomina “entes paraestatais”. Ainda, conforme Oswaldo Aranha, os partidos são constituídos “para realizar atividade pública, de forma mediata, como órgãos paralelos à ação pública, levada a efeito pelo Estado;

19 Apud MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 239.
20 Apud COTRIM NETO, A. B. *Natureza Jurídica dos Partidos Políticos Brasileiros*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. XIII, n. 49, jan./mar. 1976, p. 72.

em virtude de lhes ser legalmente facultada essa atividade de colaboração, com poder de império específico para tanto, mediante livre organização, nos termos legais. Necessitam, por vezes, de autorização ou registro para funcionar, e, mesmo de posterior reconhecimento, a fim de ficar oficializada a sua atividade. Mas, exatamente porque são entes paraestatais, coadjuvando o Estado na consecução dos seus fins, os partidos políticos devem sujeitar-se à fiscalização estatal, quanto ao desempenho de seus cometimentos”.

Tratando das várias disposições da Emenda Constitucional nº 1/69 acerca dos partidos políticos, máxime no concernente ao seu regime jurídico, proclama Accioly Filho²¹: “Daí, a elevação do partido à condição de pessoa jurídica de Direito Público, com a sua instituição prevista na própria Carta Magna, regulado em legislação especial. Não mais entidades de Direito Privado, associações tendentes a fins de natureza política, mas sem encarte na própria organização do Estado. O partido político passou a interessar a toda a comunidade, deixou de pertencer ao grupo de cidadãos que o integravam. Agora, o partido, fazendo parte do Estado, é instituição aberta a todos, segundo regras que a própria lei disciplina e, assim, pertence à sociedade inteira”.

Conclui Cotrim Neto²², após cotejar as opiniões de Oswaldo Aranha e Accioly Filho, que “os partidos

21 Alguns Aspectos do Partido Político. *Revista de Informação Legislativa*, n. 44, 1974, p. 3-12. Apud COTRIM NETO, ob. cit., p. 72-73.
22 COTRIM NETO, ob. cit., p. 74.

participam da estrutura do Estado; se não podem ser vistos como órgãos de governo, deste participam, numa certa medida, pelo fato de terem representação proporcional a seu peso eleitoral, nas casas do Legislativo. Observados por outro ângulo, os partidos têm uma conformação administrativa que os assemelha às autarquias, em sentido estrito, contam com lei orgânica, estatuto particular submetido à aprovação administrativa da entidade a que estão vinculados, a Justiça Eleitoral, que, outro tanto, exerce sobre eles um controle financeiro e certo poder de polícia nos termos do que resulta do espírito do art. 152 da Constituição Federal”.

Indubitavelmente, o melhor estudo a respeito do tema sob análise foi o empreendido por Antônio Tito Costa em seu artigo, de 1967, intitulado “Natureza Jurídica do Partido Político no Brasil”.

Para ele, não obstante a lei brasileira (à época em vigor a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965) ter definido os partidos como pessoas jurídicas de direito público interno, cumpria indagar se são eles, efetivamente, pessoas de direito público ou de direito privado. Segundo o autor, apesar do engano normativo, seriam os partidos **pe-
soas jurídicas de direito privado**.

Nesse passo, imprescindível citar as principais conclusões, com as quais se concorda *in totum*, a que chegou Antônio Tito Costa²³ ao cabo de seu ensaio (relembre-se em 1967):

23 COSTA, Antônio Tito. Natureza Jurídica dos Partidos Políticos no Brasil. *Revista de Direito Público*. Brasília, a. 1, jul/abr 1967, p. 89-90.

“a) em primeiro lugar, porque como já acentuamos, com apoio nas opiniões de juristas renomados, falta-lhe o poder de império, como meio para a realização de seus fins. Não dispõe ele de poder público para agir em relação a terceiros;

b) como não está investido do ‘jus imperii’, não pode o partido político realizar atos, que decorreriam, automaticamente, desse poder, tais como: impor tributos, que poderiam reverter em benefício de seus cofres. (...); desapropriar bens de particulares, faculdade concedida às entidades de direito público como a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal (...); intervir, por qualquer forma no domínio econômico, (...);

c) o partido político, mesmo tendo como finalidade precípua de seu programa, a ação em favor do bem comum, do bem público, do interesse coletivo, dispõe de limitados meios para a concretização desses fins. E os meios de que dispõe são aqueles mesmos postos à disposição das pessoas tanto físicas, como jurídicas, de direito privado: os meios legais comuns, que regulam as relações entre pessoas, para defesa e proteção de seus direitos, bem como para impedi-las ao cumprimento de suas obrigações”.

Cumpra, ademais, enfatizar o pensar preciso e objetivo de José Afonso da Silva²⁴ que, mesmo antes de o art. 17, § 2º, da Lei Maior prever para o partido político personalidade jurídica de direito privado, ou seja,

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 383-384.

quando ainda se lhe reconhecia a natureza de pessoa jurídica de direito público interno (consoante art. 2º da Lei nº 5.682/71), entendia *“artificial esse enquadramento legal, pois não é fácil encontrar as notas essenciais das pessoas jurídicas de direito público numa organização associativa formada pela adesão voluntária de particulares e destinada, não propriamente a realizar fins públicos, mas fins políticos. Os partidos somente prestam serviços públicos quando no exercício das funções governamentais, mas aí não são senão instrumentos da prestação desses serviços, que não são deles, mas do Estado, dos órgãos governamentais, que, com eles, não se confundem. O legislador deve ter suposto que a natureza de pessoa jurídica de direito público decorre da circunstância de a Constituição determinar que o registro dos partidos se faça na Justiça Eleitoral. Acontece que a natureza pública do órgão incumbido do registro não comunica igual natureza à entidade registrada. Trata-se de mero controle público, em vez de controle cartorário. Aliás, a inadequação é notável, precisamente porque uma das notas da pessoa jurídica de direito público é sua criação diretamente pela lei e a inexigência de registro de seus instrumentos constitutivos. O fato de precisarem de um registro para sua formação, vale dizer, o fato de necessitarem de tal controle denota que não se cuida de pessoa jurídica de direito público. Os partidos não são criados por lei, e seria terrível se o fossem, pois deixariam de ser partidos para serem outra coisa. Agora, estão definidos como pessoas jurídicas de direito privado”*. (sem destaque no original).

Mais recentemente (já em sua edição de 1996), colhem-se as seguintes lições de Fávila Ribeiro²⁵, que rebate, vigorosamente, a concepção de partido como órgão de Estado: *“Na condição de pessoa jurídica, é o partido político unidade orgânica, capaz de direitos e obrigações que se não confundem com os das pessoas físicas ou naturais que a ele estejam vinculadas. Juridicamente pode ser considerado o partido uma sociedade ou associação civil? Vale lembrar que o associativismo político fora inicialmente inadmitido por nocivo à ordem pública. Mas, quando houve seu reconhecimento, ingressou na ordem jurídica como corolário da liberdade individual. (...) O ato de nascimento do partido político é complexo, dependendo da iniciativa firmada por eleitores, com determinados coeficientes numéricos, e mediante a observância de certas regras procedimentais e verificação do seu ajustamento programático aos princípios democráticos para que possa receber registro emitido pela Justiça Eleitoral. Todos os atos previstos à instituição do partido devem ser cumpridos em regular seqüência. Mas a sua existência jurídica somente ocorre com o deferimento do registro privado (...) Acontece que o partido político, com o registro, adquire predicamentos públicos. Cumpre verificar se essa qualidade que lhe advém não o faz integrar-se à estrutura estatal, não passando a figurar entre os órgãos componentes do Estado. (...) Absolutamente, não pode o partido político ser considerado como órgão estatal, por ser um sujeito próprio de direitos e obrigações, em decorrência de sua personificação jurídica.*

25 RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*/ Rio de Janeiro. Forense, 1996. p. 289-290.

Age em seu próprio nome no exercício de atividade política" (sem destaques no texto original).

Há de se concluir, concordando com Fávila Ribeiro, no sentido de que, no Brasil, o partido político consiste numa corporação de derivação associativa, tendo personalidade jurídica de direito privado, como expressão da liberdade política de seus fundadores; que exerce atividades públicas mediante autorização legal, dispondo de capacidade disciplinar, normativa, afeitando e aplicando recursos financeiros, cabendo à Justiça Eleitoral conhecer e decidir sobre as prestações de contas que lhe devem ser apresentadas.

4.3 Numa visão comparada

Na doutrina alienígena, também está presente a discussão em torno do tema natureza jurídica dos partidos políticos.

Leciona Xifra-Heras²⁶, "os partidos políticos adotam a forma de uma associação de caráter público, que se manifesta como uma organização estável que vincula juridicamente uma pluralidade de pessoas que se propõem a fins de caráter político". E acrescenta: "Apesar de contribuir para o exercício das funções públicas, o fato de que persigam interesses particulares, distintos e até opostos aos gerais e de que realizem funções públicas não estatais, permite configurar

26 Formas e fuerzas políticas. Barcelona. Bosch, 1958, p. 34-35 apud. REIS, Palhares Moreira. O Partido Político e a Lei de 1995. In: ROCHA, Carmém Lucia Antunes VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 165-166.

os partidos como entes auxiliares do Estado, porém não como órgãos estatais. Os interesses que defendem e as atividades que realizam, ainda que sejam reconhecidos pelo Estado e suas funções sejam benéficas para o mesmo, não se identificam como os interesses e as funções estatais. Esta regra tem, no entanto, uma exceção quando o partido atua como grupo eleitoral. Então se configura como um verdadeiro órgão do Estado que realiza a função de designar os titulares dos cargos públicos, de caráter tipicamente estatal. O mesmo ocorre com o povo, quando atua como corpo eleitoral, votando nos candidatos designados pelos partidos" (sem destaques no original).

Registre-se, ainda quanto à natureza jurídica dos partidos políticos, o entendimento peculiar de Emilio Grosa²⁷: "não têm personalidade jurídica, não podendo gozar senão das garantias que a constituição reconhece aos cidadãos e dos direitos que os cidadãos lhes transferem, guardadas as formas e modalidades impostas pelo caráter de associação de que se revestem" (texto sem destaques).

Virga, citado por José Afonso da Silva²⁸, considera-os sob dois aspectos do ponto de vista jurídico: como associação, união de pessoas estavelmente organizadas e juridicamente vinculadas para a consecução de fins políticos comuns, e como órgão do Estado, no que tange à sua característica de grupo eleitoral e de grupo parlamentar. Biscaretti de Ruffia (cuja opinião

27 *Diritto Costituzionale*. Torino: 1965, p. 163, apud FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 68.
28 Ob. cit., p. 363.

também colhe-se de José Afonso), por seu turno, repele essa concepção no direito italiano, pois entende serem associações não reconhecidas, não assumindo a natureza de órgãos do Estado nem de ente público controlado pelo mesmo. Concebe-os como entidades auxiliares do Estado, reconhecendo em sua atividade um exercício privado de funções públicas.

O ensinamento mais elucidativo, e do qual não se pode discordar, acerca da dimensão jurídica dos partidos políticos é da lavra de José Joaquim Gomes Canotilho²⁹, literalmente: "A constitucionalização dos partidos políticos ou 'incorporação institucional do partidos' (HESSE) se implica que eles deixem de ser apenas uma realidade sociológico-política de modo algum corresponde à sua 'estatização'. Isto deriva fundamentalmente do facto de os partidos terem um estatuto constitucional configurado como direito subjectivo, direito político e liberdade fundamental (...). Além de não serem órgãos estaduais ou constitucionais, os partidos não são corporações de direito público, pois embora lhes seja constitucionalmente atribuída uma função política, nem por isso se pode falar, como faz HESSE, de um 'estatuto singular de direito público'. Do estatuto subjectivo, deriva a sua caracterização como associações de direito privado às quais se reconhecem direitos fundamentais (na medida em que sejam aplicáveis às pessoas colectivas)".

Em derradeiro, no tocante à natureza jurídica do partido político, deve-se concluir, sobrelevando-se o

²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* Coimbra: Livraria Almedina: 1993. p. 448.

acerto da posição esposada por Palhares Moreira Reis³⁰, segundo o qual o partido, no sistema pátrio, é "pessoa jurídica de direito privado, simples associação de indivíduos, com objeto lícito e possível, como qualquer outra entidade de direito privado, como reconhecimento de necessidade e de participação no processo democrático (...). É o que prevalecia em 1932 e 1945, e está retomado hoje pela Constituição vigente".

5. CONCLUSÕES

Em apertada síntese conclusiva, afirma-se com segurança, após tudo que se expôs em linhas transatas, que caminha bem em torno da fixação da natureza jurídica dos partidos políticos o ordenamento jurídico vigente.

Efetivamente, o partido político não deve se configurar como pessoa jurídica de direito público (cujo nascimento depende de lei e não está adstrito a qualquer registro cartorário de atos constitutivos) nem como órgão estatal (porquanto, tecnicamente, esse não tem personalidade jurídica, e menos ainda de direito privado), mas sim como autêntica pessoa jurídica de direito privado, fruto do direito geral de associação dos indivíduos.

O partido político, e só há de admitir-se essa caracterização jurídica como a mais acertada, deve se apresentar, no sistema normativo, como pessoa jurídica de direito privado, *id est*, sujeito de direitos e obri-

³⁰REIS, Palhares Moreira. O Partido Político e a Lei de 1995. In: ROCHA, Carmem Lucía Antunes VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito Eleitoral* Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 188.

gações, que passa a existir no mundo jurídico com o deferimento do registro privado. Cabe, pois, à Justiça Eleitoral em face dos partidos políticos, tão-só, o exercício de função meramente fiscalizadora, e não mais constitutiva como outrora chegou-se a conceber.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARBOSA, Aloar. Partidos Políticos: aspectos do fenômeno. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a 26, n. 103, jul/set. 1989.
2. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina: 1993.
4. CARVALHO, Orlando: Os Partidos Políticos e a Legitimação do processo político brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 16, n. 64, out./dez. 1979.
5. CHARLOT, Jean. *Os Partidos Políticos*. Trad. Carlos Alberto Lamback. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
6. COSTA, Antônio Tito. Natureza Jurídica dos Partidos Políticos no Brasil. *Revista de Direito Público*, Brasília, a.I, jul/set. 1967.

7. DANTAS, Ivo. Dos Partidos Políticos. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Fortaleza, n.8, Jul/1994.
8. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 1966.
9. FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e Teoria dos Partidos Políticos no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.
10. MENDONÇA, Otávio. Políticos Brasileiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 17, n. 68, out./dez. 1980.
11. MEZZAROBBA, Orides. O partido político: concepção tradicional e orgânica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 122, abr./jun. 1994.
12. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998.
13. COTRIM NETO, A.B. Natureza Jurídica dos Partidos Políticos Brasileiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. XIII, n. 49, jan./mar 1976.
14. REIS, Palhares Moreira. O Partido Político e a Lei de 1995. In: ROCHA, Carmén Lucia Antunes, VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

15. _____. Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 114, abr./jun. 1992.
16. RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
17. SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.
18. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
19. SOARES, Orlando. Origens das Organizações Partidárias e os Partidos Políticos Brasileiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a. 26, n. 103, jul/set. 1989.

VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Carlos Antônio R. Ribeiro

Advogado militante, pós-graduando em Direito Penal, pela UnP - Universidade Potiguar RN.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE LIBERDADE SEXUAL. 3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO. 4. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. 4.1. Presunção de violência em razão da idade da vítima. 4.2 Presunção de violência por ser a vítima alienada ou doente mental. 4.3. Presunção de violência pela impossibilidade de a vítima, em quaisquer casos, oferecer resistência. 5. INOCORRÊNCIA DE CRIME MEDICANDO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A violência praticada contra a pessoa é uma constante nos crimes contra a liberdade sexual, elencados, respectivamente, nos artigos 213 e 214 do Código Penal. É sabido que a violência nesses tipos de crime pode ser real ou presumida. Nesta pesquisa, procuraremos focar os aspectos da espécie da violência presumida em relação ao crime de estupro e algumas considerações no que se refere ao crime de atentado violento ao pudor, definidos nos arts. 213 e 214 c/c o art. 224 do mesmo diploma legal, com as posições doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem a matéria.

2. CONCEITO DE LIBERDADE SEXUAL

Etimologicamente falando, liberdade sexual seria a faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a sua própria determinação, dentro dos limites impostos pelas normas jurídicas que disciplinam a vida em sociedade, no que concerne a tudo que envolva ou seja relativo ao sexo.

Encontram-se referências sobre a liberdade sexual nos mais antigos documentos jurídicos, do oriente e do ocidente, desde os códigos de Hamurâbi, do pentateuco mosaico, das regras de Manu, a lei romana das XII Tábuas, dos Éditos e decretais da Idade Média, das ordenações do reino, até a legislação dos nossos dias.

A liberdade sexual, no sentido jurídico do termo, é entendida, nos dias atuais, como sendo a disponibilidade que toda a pessoa tem, na livre administração de suas coisas e bens, uma vez que cada ser humano é dono do seu próprio corpo, podendo usá-lo como bem entender, desde que tal uso não prejudique o direito do seu semelhante.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO

De acordo com a disposição legal insculpida no Art. 213 do Código Penal, o estupro caracteriza-se em "**constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça**", com pena prevista de 06(seis) a 10(dez) anos de reclusão.

Ocorrendo nesse caso, a violência real, os crimes de estupro não oferecem maiores dificuldades na sua comprovação uma vez que a violência física contra a vítima, via de regra, deixa vestígios que podem ser detectados no exame de corpo de delito, na forma de lesões corporais.

Nesses casos, a perícia médico-legal é indispensável para a prova da violência. Nesse sentido é a jurisprudência dos nossos tribunais:

In Verbis...

Embora casada a mulher vítima de estupro, é indispensável o exame de corpo de delito para se apurar a violência empregada para ser possuída (TJSP - AC - relator Des. Weiss de Andrade - RT 494/307).

Da mesma forma,

In Verbis...

Violência real - Prova inconvincente - Circunstâncias sugestivas da concordância da vítima, com quase 17 anos de idade - A condenação requer prova inconfundível em que se arrime, principalmente no que se refere à existência de violência física (TJSP - AC - relator Des. Gentil Leite - RT 64/336).

A exigência de comprovação pericial, todavia, não pode ser absoluta. Há casos em que os vestígios da prática delituosa podem não permanecer no corpo da vítima; tais como no estupro de mulher casada em que não se encontrem lesões no aparelho genital.

Nessas hipóteses, o perito médico deverá procurar cuidadosamente eventuais lesões em partes outras: braços, pernas, pescoço etc. que, aliadas a outras pro-

vas, possam caracterizar o crime.

4. VIOLÊNCIA PRESUMIDA

A violência presumida é uma forma qualificada de crime contra a liberdade sexual e toda vez que é denunciada, é combinada com a tipificação referente ao crime contra a liberdade sexual que o legislador presume tenha sido praticado.

Também denominada de **violência ficta** ou **induzida**, foi estabelecida pelo legislador penal no Art. 224 do Código Penal, que presume sua ocorrência em três situações bem definidas:

“Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Deve-se se abrir um parêntese, com relação à violência presumida, tendo em vista que no **Direito Penal a Culpa é inconciliável com presunções de fato**. Violência é fato e, como acertadamente advertiu em uma das decisões de sua lavra o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.:

In Verbis...

(...)“Fato não se presume. Existe ou não existe. (...) (STJ, REsp 46/424-2 - RO, 6ª T. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 14.06.1994, v.u. DJU de 08.08.1994, p. 19576.) (grifo nosso)

Apesar de que, como leciona o mestre Magalhães

Noronha, comentando sobre a *factio juris* do legislador, é de opinião que a razão da presunção legal “origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima e, como sói acontecer, maior se torna então a defesa pública, através da lei, onde a defesa particular inexistente ou é por demais precária”.

Delmanto, por sua vez, em seu festejado Código Penal Comentado, afirma, em suas anotações, que existem 10(dez) posições doutrinárias diversas, no que se refere à violência presumida:

I. a presunção é relativa;

II. a presunção só cede em vista de erro plenamente justificável, pois, se age na dúvida, há dolo eventual;

III. a presunção cai pelo fato de aparentar mais idade, escondendo a verdadeira e tomando a iniciativa de realizar a cópula;

IV. a presunção não cai pelo fato de aparentar mais idade;

V. a presunção cede, se a vítima já havia mantido relações com outras pessoas ou era promíscua;

VI. é mister que seja inocente, ingênua, e totalmente desinformada sobre sexo;

VII. a presunção não cede pelo fato de não mais ser virgem;

VIII. na dúvida, não incide a presunção;

IX. a presunção é absoluta;

X. a presunção cede, se vivia em regime de concubinato com o acusado, com consentimento dos pais.

4.1. Presunção de Violência em Razão da Idade da Vítima

A primeira circunstância a induzir a violência é a menoridade da vítima, ou seja, não ser maior de quatorze anos. E o sustentáculo da presunção, no dizer do eminente Des. Onei Raphael, "é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, isto é, seu total desconhecimento das coisas do sexo, sendo, por isso mesmo, presa fácil dos *lovelacers*" (RT 556/315).

Com isso, a lei negou validade a eventual consentimento da vítima que, em razão da idade, não tem capacidade para consentir. Em 1940, o menor com 14 anos ou menos, era tido como absolutamente incapaz de compreender o sentido ético dos atos sexuais. Nos dias atuais, com o advento do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, o menor é considerado adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo sofrer medidas socioeducativas.

Assim, se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.

A questão do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência baseada na idade da vítima já perdeu grande parte da relevância que, no passado, lhe

era emprestada. A doutrina e a jurisprudência se dividem no sentido de apresentá-la, ora como presunção absoluta, ora como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, embora menor de 14 (quatorze) anos, se revele uma prostituta declarada, de porta aberta. Senão vejamos entendimento jurisprudencial:

In Verbis...

Tem-se entendido não bastar o ofendido não ser maior de quatorze anos, "fazendo-se mister que a vítima se mostre inocente, ingênua e totalmente desinformada a respeito do sexo" (TJSC - AC - relator Des. João Ricardo Vinhas - RT 564/378).

É aí que mora o perigo. Porque, em primeiro lugar, está se julgando a conduta da vítima e não o fato delituoso, para depois absolver ou condenar o acusado, fazendo discriminação entre a suposta menor "honestas" ou "prostituta", decidindo o caso concreto de maneira além do que a lei determina, a qual faz referência apenas à idade e não à conduta da vítima.

A questão vem sendo enfrentada pelos Tribunais, num e noutro sentido, **ora entendendo a presunção de violência como absoluta, ora como relativa:**

In Verbis...

"Inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantém coito carnal com menor de quatorze anos, sob a alegação de ter sido por ela provocado e incitado para o ato. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, a menor merece toda proteção legal" (TJSP - AC - relator Des. Carlos Ortiz - RT 444/296).

De modo diverso:*In Verbis...*

"Se a vítima do estupro, embora menor de 14 anos de idade, é experiente em matéria sexual, derreia-se a ficção jurídica do art. 224, letra a do CP. A presunção de violência ali contida não é de caráter absoluto, *juris et de jure, mas juris tantum*" (TJSP - AC - relator Des. Felizardo Calil - RT 542/322).

A primeira vez que a Suprema Corte considerou relativa a presunção de violência, em razão da idade da vítima, foi na decisão polêmica do Min. Marco Aurélio. Infelizmente, contrariando normas elementares do direito insculpidas no Art. 5º da Norma Ápice, as decisões mais recentes têm sido no sentido de relatividade da presunção. Confira-se RT 733/629 e 732/689.

In Verbis...

O Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, no julgamento do Habeas Corpus 73.662-9/ MG, em que foi relator o eminente Ministro Marco Aurélio, a seguir transcrito em parte, dada sua importância para o tema, absolveu o réu acusado de estupro de doze anos de idade, por entender não absoluta a presunção de violência: "(...)

No mérito, tem-se que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, ouvida em Juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o paciente, sempre indo a lugares desertos para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do paciente, entre outros rapazes. A seguir, noti-

ciou que o paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cedera em face às carícias. Retornando à residência, pedira ao paciente que a deixasse longe de casa, visando fugir à fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta. (2) SILVA FRANCO, Alberto. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. Ed. RT. RT-741 - JULHO DE 1997 - 86.o ANO

Ora, passados mais de cinquenta anos neste século, que correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos, não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações.

Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda sorte de conseqüências que lhes possam advir.

Ora, a enrijecida legislação, que ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo, cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada - tecnológica, social e espiritualmente.

De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e na medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização do ato delituoso. A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era do conhecimento público.

Na doutrina encontra-se a corroboração a esta tese. Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra a do art. 224 do Código Penal é relativa, podendo ser excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos:

In Verbis...

“Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de quatorze anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé” (Direito Penal. 4. ed., v. 3/221).

4.2. Presunção de Violência por ser a Vítima Alienada ou Débil Mental

No que se refere à alienação, Afrânio Peixoto, citado por Magalhães Noronha, ensina que “compreende não só a loucura, isto é, o processo patológico ativo, como também outros casos de enfermos de processos patológicos estacionários ou crônicos”.

No ensinamentos de Nerio Rojas, da Universidade de Buenos Aires, a alienação é uma denominação genérica das enfermidades mentais, compreendendo quatro elementos:

- 1º). perturbação mental;
- 2º). falta de autoconsciência;
- 3º). inadaptabilidade;
- 4º). ausência de utilidade.

Na primeira hipótese, se compreende uma perturbação das funções mentais, tomadas no conjunto, e não uma delas. A perturbação é geral e seria hoje anacrônica a discussão sobre as loucuras parciais. Compromete a personalidade em sua síntese e no conjunto envolve as funções superiores ou fundamentais (percepção, associação, imaginação, juízo, memória, afetividade etc.).

A jurisprudência entende que a condição psíquica da vítima é idêntica à dos irresponsáveis a que se refere o art. 26 do Código Penal, isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser de modo a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno (RT 450/368).

A prova da alienação ou debilidade mental tem sido exigida através de laudo pericial. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já entendeu dispensável, se provada a doença por documentos oficiais (RT 58/313 e RJTJSP 3/407).

Para a caracterização da violência, todavia, é indispensável que o agente tenha conhecimento inequívoco da condição da vítima (RT 417/118). O conhecimento da doença mental da ofendida de crime

sexual não se presume *juris et de jure*. A presunção será sempre *juris tantum* (RT 519/361).

Os Tribunais têm divergido no reconhecimento da presunção da violência, em virtude da não evidência das condições psíquicas da vítima.

A corrente majoritária entende que não sendo acentuada a debilidade mental, de modo a não ser percebida pelo homem médio - parâmetro indispensável no Direito Penal para avaliar estados subjetivos de agentes de delitos - não deve o agente ser responsabilizado (RT 482/320, 388/106, 449/384 e 604/424).

4.3 Presunção de Violência pela Impossibilidade de a Vítima, em qualquer caso, oferecer resistência

Segundo Nelson Hungria, citado por Alberto Silva Franco "a incapacidade de resistência (de reação, de defesa) pode resultar de variadíssimas causas (transitórias ou permanentes): enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, certos defeitos teratológicos, sono mórbido, síncope, desmaios, estado de embriaguez alcoólica, delírios, estado de ebriedade ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes, soporíferos ou anestésicos".

A violência ficta, resultante de causa que impeça a resistência da vítima, se tipifica pela falta de condições subjetivas dessa e não pelas condições objetivas do crime.

São vários os casos de crimes sexuais, em que as vítimas não oferecem resistência pelo chamado temor

reverencial, quando a ele submetidas por genitores ou padrastos, cujos delitos foram caracterizados pela presunção da violência (RT 108/525, RT 492/308, RJTJSP 13/482 etc.).

É portanto indiscutível a necessidade da análise, em cada ocorrência concreta, dessas condições da vítima, para que o juiz avalie, se poderia ela, naquela oportunidade, oferecer resistência.

E como se percebe, nenhuma das hipóteses enumeradas no art. 224 tem mais aquela presunção absoluta que inspirou o legislador na década de 40, de sorte que, ao exame das circunstâncias peculiares a cada caso, é que se vai avaliar o reconhecimento ou não da violência presumida.

5. INOCORRÊNCIA DE CRIME HEDIONDO

Compulsando o Dicionário Aurélio, o termo **hediondo** pode constituir um ou mais dos seguintes adjetivos.: depravado, vicioso, sórdido, imundo, repelente, repulsivo, horrendo, sinistro, pavoroso, medonho.

No que se refere ao crime hediondo, com certeza tal termo abrange todas essas definições.

O legislador brasileiro, atento à etimologia da palavra, se não foi feliz ao editar a muito criticada Lei nº 8.072/90, o foi ao estabelecer a caracterização da hediondez na ocorrência dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Senão vejamos o que dispõe o Art. 1º, IV e V, da Lei nº 8.072/90; já com a modificação trazida pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994:

In Verbis...

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

IV - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

V - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

(...)

O que vale dizer que somente caracterizam-se como hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor quando cometidos mediante violência real, afastados, assim, da definição legal de hediondos, quando praticados com presunção de violência (Art. 224 do Código Penal).

E, realmente, razão não haveria para definir como hediondo, por exemplo, pela simples idade da vítima, a prática de relações sexuais com menor de 14 anos, o que caracteriza mera violência indutiva.

Admitir-se tal crime como hediondo seria um exagero. Seria o mesmo que ignorar a própria definição do adjetivo *hediondo*, expressada linhas acima.

Há que se frisar que o crime não é hediondo por presunção de violência. Entretanto, sendo empreendida a violência real na prática do estupro ou atentado violento ao pudor contra vítima que se encontre em qualquer das hipóteses do Art. 224, **caracterizado estará o crime hediondo não em decorrência da violência ficta, mas da violência real.** A circunstância de a víti-

ma encontrar-se em alguma das hipóteses do Art. 224 servirá, nesse caso, não para a classificação legal do crime, mas unicamente como causa especial de aumento de pena.

6. CONCLUSÃO

Apesar da doutrina e da jurisprudência brasileiras, predominantemente, continuarem aceitando a hipótese de violência presumida do Art. 224 do CÓDIGO PENAL, encarando algumas vezes como presunção *iuris et de iuris* (absoluta) e outros como presunção *iuris tantum* (relativa), a referida presunção legal, no nosso modesto entender, que também comunga com entendimento de outros cultores do direito, conflita, clara e cristalinamente, com o princípio constitucional da presunção de inocência, bem assim como os princípios do Direito Penal do Fato, *nullum crimen sine iniuria* e o Direito Penal da Culpa (princípio da culpabilidade).

Por esse norte, concluímos que, a parte que prevê a presunção de violência do Art. 224 do CÓDIGO PENAL não foi recepcionada pela nova ordem constitucional de 1988, e no entender de estudiosos da matéria que defendem esse posicionamento, cabe ao Juiz, inclusive o de primeiro grau, reconhecer essa inconstitucionalidade superveniente ao CÓDIGO PENAL de 1940, deixando de aplicar tal mandamento legal.

Uma vez desconsiderada a violência presumida do Art. 224 do CÓDIGO PENAL, que é uma hipótese de ampliação típica e ocorre quando o agente, aproveitando da incapacidade da vítima, com ela mantém ato

libidinoso sem sua vontade ou consentimento expresso, nos cabe considerar que as situações nele previstas configuram o chamado **abuso sexual**.

Entretanto, entendemos que, por não existir previsão legal em nosso estatuto objetivo penal pátrio, para configuração do abuso sexual, da forma que o definimos acima, o mesmo não tem amparo jurídico para sua aplicabilidade.

Analisamos, também, com acuidade, nesse estudo, que em relação ao menor, a idade de 14(catorze) anos prevista no Art. 224. do CÓDIGO PENAL é hoje, totalmente, desarrazoada. Uma vez que, depois do advento do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que definiu o adolescente como sendo a pessoa de 12 a 18 anos, podendo sofrer medida socioeducativa, implicando dizer que pode ser penalizado a partir dos 12 anos, se cometer algum ilícito penal, não deve ser considerado incapaz de consentir no ato sexual.

Somos do entendimento de que a lucidez acima aduzida, com relação ao menor de 12 a 14 anos, deveria ter tido aplicabilidade imediata com o advento do ECA. Mas o que podemos presenciar é que isso só virá com o tempo, apesar do massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, levar à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

No que se refere à caracterização ou não de crime hediondo, nos crimes de violência presumida, enten-

demo, *permissa venia*, que a prevalecer tal entendimento, ou seja, que o delito de violência presumida seja tido como hediondo, estará flagrantemente desprezado o PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, previsto no Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que disciplina **que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**. Destarte, estender à categoria de crime hediondo fato que a lei não define como tal, determinando sérias agravantes ao condenado (impossibilidade de anistia, graça e indulto; fiança e liberdade provisória; recolhimento obrigatório à prisão para fins de apelação; regime prisional integralmente fechado etc.), ofende, e muito, o básico princípio legal referido.

E como se percebe, nenhuma das hipóteses enumeradas no art. 224 tem mais aquela presunção absoluta que inspirou o legislador na década de 40, de sorte que, ao exame das circunstâncias peculiares a cada caso, é que se vai avaliar o reconhecimento ou não da violência presumida.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *O Advogado diante dos crimes sexuais*. 3. ed. [s.l.]: Sugestões Literárias, 1973.
2. DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. Ed. São Paulo: Renovar, 1998.

3. _____, *Código Penal comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
4. GOMES, Luiz Flávio. *A presunção de violência nos crimes sexuais*, parte I e parte II. 15 e 16. ed. São Paulo: RT. Revista brasileira de ciência criminais.
5. GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.
6. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
7. _____. *Direito Penal; parte especial*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3
8. MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal; parte especial*. 12.ed. São Paulo: Atlas. 1997. v.2
9. NORONHA, E Magalhães. *Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1.
10. SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: RT, s.d.

CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Prof. Damásio de Jesus

De acordo com o princípio da ofensividade, o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta efetivamente ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art. 98, I, da CF, que disciplina as infrações penais de menor potencial "ofensivo".

Nos termos do princípio da insignificância, ligado aos chamados "crimes de bagatela" (ou "delitos de lesão mínima"), recomenda-se que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância).

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, aplicando os princípios da ofensividade e da insignificância, com efeito excludente da tipicidade do fato, tem reconhecido a tese da bagatela no crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos são iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00, valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública e mínimo exigido para a propositura da execução fiscal, nos termos da Lei n. 9.469/97. Nesse sentido: Recurso Especial 235.151, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 4.4.2000, DJU 8.5.2000, p. 116; Recurso Especial 235.146, rel. Ministro Félix Fischer, j. 16.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 116; Recurso Especial 240.891, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 4.4.2000, DJU 8.5.2000, p. 119; Recurso Especial 239.288, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 4.4.2000, DJU 8.5.2000, p. 119; Recurso Especial 236.701, rel. Ministro Félix Fischer, j. 16.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 118; Recurso Especial 236.714, rel. Ministro Félix Fischer, j. 16.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 118; Recurso Especial 238.517, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 4.4.2000, DJU 8.5.2000, p. 118; Recurso Especial 236.770, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 4.4.2000, DJU 8.5.2000, p. 118. De ver-se que a 6ª Turma do STJ, embora em menor número de pronunciamentos, vem também acatando o princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho (Recurso Especial 234.623, rel. Ministro Vicente Leal, j. 14.3.2000, DJU 3.4.2000, p. 173; Recurso Especial 234.624, rel. Ministro Vicente Leal, j. 14.3.2000, DJU 3.4.2000, p. 173; Recurso Especial 221.292, rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 21.3.2000, DJU 10.4.2000, p. 138).

No tema do "crime de bagatela", enquanto uma teoria preconiza a inexistência da antijuridicidade do fato (RT, 582:386), a doutrina prevalente pende para a exclusão da tipicidade, orientação perfilhada pela 5ª Turma do STJ. Nesse sentido: Recurso Especial 234.271, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 115; Recurso Especial 235.015, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 116; Recurso Especial 235.149, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 116; Recurso Especial 235.188, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 117; Recurso Especial 235.015, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 116. No mesmo sentido: TFR 4ª Reg., Apel. 1998.04.01.091827-1/SC, 2ª Turma, rel. Juíza Tânia Escobar, j. 11.3.99, RT, 766:757. Essa orientação encontra respaldo na teoria da imputação objetiva, que exige a "relevância" do resultado jurídico.

O fundamento se encontra no princípio constitucional da ofensividade, segundo o qual não há crime quando a ofensa ao bem jurídico é tão ínfima que o fato merece permanecer fora do campo do Direito Penal. Isso ocorre nas hipóteses em que o dano ao objeto material é insignificante, ensejando a aplicação da teoria da insignificância do resultado jurídico e da pequena lesividade causada ao objeto material (resultado naturalístico). E a 5ª Turma do STJ, mais uma vez adotando tese moderna, vem decidindo que "a lesividade, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas" (Recurso Especial 235.146, rel.

Ministro Félix Fischer, j. 16.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 116; Recurso Especial 236.701, rel. Ministro Félix Fischer, j. 16.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 118). Isso porque, argumentam os ilustres Ministros, "o resultado penal deve ser relevante", referindo-se ao dano material como resultado naturalístico (5ª Turma, Recurso Especial 234.271, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 115; Recurso Especial 235.149, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 116; Recurso Especial 235.188, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 117; Recurso Especial 235.015, rel. Ministro Édson Vidigal, j. 21.3.2000, DJU 8.5.2000, p. 116).

No furto e na apropriação indébita de pequeno valor (CP, art. 155, § 2º e 180, § 5º), a tese vencedora é a do salário mínimo, segundo a qual "coisa de pequeno valor é a que não excede a importância de um salário mínimo" (vide CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, Código Penal Comentado, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 315).

No crime de descaminho, o objeto jurídico é a ordem tributária (RT, 766:757), sendo o Estado o sujeito passivo. De acordo com parte da jurisprudência, como vimos, não há lesão jurídica relevante quando, pela aplicação dos princípios da ofensividade e da insignificância, o valor do imposto devido não excede R\$ 1.000,00. Tanto que essa importância, quando devida e não paga, não é cobrada pela Fazenda Pública. Conclui-se que, para o Estado, a quantia de R\$ 1.000,00 é de pequeno valor. Por coerência, devemos transportar esse critério

para os crimes de furto e apropriação indébita, exclusivamente sobre suas formas privilegiadas. De modo que, em regra, passa a ser furto mínimo aquele cujo valor do objeto material não é superior a R\$ 1.000,00. "Em regra", uma vez que para um milionário, vítima de furto ou apropriação indébita, essa quantia é de pequena valia. Para um assalariado, entretanto, é quase sete vezes o valor do salário mínimo. Como entendeu a 6ª Turma do STJ, no Recurso Especial 221.292, rel. Ministro Fernando Gonçalves, apreciando o princípio da insignificância no descaminho, é necessária a análise da relevância da lesão jurídica "sob o prisma do sujeito passivo do delito" (j. 21.3.2000, DJU 10.4.2000, p. 138). Pelo que recomendamos a adoção desse novo critério, caso a caso, com muita prudência.

MERCOSUL: MERCADO COMUM – REALIDADE OU UTOPIA

Fabiola Santos Albuquerque
Professora Faculdade de Direito do Recife, Universidade
Federal de Pernambuco – UFPE; Doutoranda pela UFPE.

SUMÁRIO

PREÂMBULO. 1 - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À INTEGRAÇÃO REGIONAL. 1.1 - Soberania vs. processo de integração. 1.2 - A Incorporação dos tratados no direito interno. 2 - A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO MERCOSUL. 3 - A UNIFICAÇÃO OU HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES? 4 - SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA. 5 - PRINCÍPIOS DO DIREITO COMUNITÁRIO. 6 - CONCLUSÕES. 7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PREÂMBULO

O fenômeno da globalização da economia é uma realidade irreversível, é um modelo de desenvolvimento que afeta indistintamente todos os países do mundo e, em razão disso, solidifica a necessidade dos Estados aproximarem-se uns dos outros. Verifica-se entre eles um crescente grau de interdependência, seja econômica, política, social e inevitavelmente jurídica. Hoje, presencia-se a confluência para a formação de uma grande aldeia global.

A sociedade moderna vivencia um processo de profundas transformações e rupturas em todos os segmentos. Na prática, significa um redirecionamento das

tendências, ou seja, não se considera mais, tão-somente, o aspecto interno de cada país. Na adoção de medidas leva-se em conta o contexto integracionista.

Apesar da atualidade de seus efeitos, é de se ressaltar que o fenômeno da economia mundial global e a prática integracionista entre países não são experiências recentes.

Na verdade, a globalização “é um processo econômico que passa a considerar o Mundo, o globo, como único mercado. Foi processo lento: iniciando-se no século XIX com a Revolução Industrial e o apogeu do Capitalismo e com sua última etapa, o Imperialismo e que somente agora torna-se realidade e possibilidade através da tecnologia da informática [...]”.¹

Já a experiência da integração é um ensaio do período pós 2ª guerra. Pois, embora pareça paradoxal, o cenário de destruição e de caos econômico foi extremamente favorável à implementação da política integracionista, principalmente, na Europa. Como a meta era reconstruí-la, os antagonismos políticos foram postos de lado e colocou-se em prática a idéia de uma unificação econômica comunitária.

Com os Tratados de Paris (1951) e de Roma (1957) ganha vulto o processo de integração européia. O primeiro foi instituidor da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), dando origem a um modelo de estrutura supranacional. O segundo criou a Comunidade Econômica Européia (CEE) e o estabelecimento de um mercado comum que, entre outras metas, visou

a assegurar a livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais. Não é por acaso que a integração européia na atualidade representa um processo singular, afinal é um contexto que vem se aprimorando e consolidando aos longo de algumas décadas.

Como dito acima, a superação das diferenças e a vontade política dos governantes direcionada para o mesmo ideal foi, extremamente, profícua na consolidação do processo de integração. O mesmo não se deu na América Latina, pelo contrário, os fatos políticos demonstravam uma tendência isolacionista dos países.

Não obstante a existência de várias outras experiências integracionistas na América Latina, talvez não seja nenhum exagero afirmar que o Mercosul está se diferenciando das demais, e isso se evidencia com o crescimento paulatino dos níveis de discussão, a própria institucionalização dos órgãos que integram sua estrutura orgânica, enfim, uma série de procedimentos favoráveis à concretização e ao êxito da integração entre os países do Cone Sul. Vislumbra-se, acima de tudo, vontade política na superação dos obstáculos e das diferenças peculiares dos países envolvidos. Cuidado que não se verificou nos modelos passados.

Apesar de o Tratado constitutivo do Mercosul datar de 1991, o legislador constituinte já previra a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹ Gláucia Weiga. *Direito econômico*, [s.r.b.], p. 07.

1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À INTEGRAÇÃO REGIONAL

O texto constitucional explicitou o compromisso da República Federativa do Brasil, no sentido de concentrar esforços na busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. O teor desse dispositivo legal (art. 4º, § único) é suficientemente claro, não requer nenhuma exegese, mostra a sensibilidade do legislador de fomentar a indiscutível realidade da superação de fronteiras e a aproximação entre os países. Entretanto, ao mesmo tempo em que assumiu uma posição de vanguarda, o legislador guardou observância ao princípio da independência nacional do Estado brasileiro frente aos outros Estados (art. 4º, I), enfatizando no plano internacional o que já havia contemplado anteriormente, ou seja, o princípio da soberania (art. 1º, I). E não ficou por aí, pois ao tratar do título referente à ordem econômica, mais uma vez ratificou entre os princípios gerais da ordem econômica o da soberania nacional (art. 170, I).

Sem uma análise mais acurada, é provável que a menção ao princípio da soberania seja entendido como natural e imprescindível, intrínseco a qualquer ordenamento jurídico de um país livre. Mas, a questão não é tão simples assim. É imperioso alcançar e compreender a dimensão daquele no plano interno e seus efeitos frente a um processo de integração.

Como dito anteriormente, a Constituição de 1988 anteviu a formação de um bloco regional. Passada mais de uma década, é sabido que a formação de uma co-

munidade latino-americana de nações encontra-se no plano teórico. De concreto temos o Tratado do Mercosul, que visa à constituição de um mercado comum entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Voltando à seara constitucional, é necessário atentar para duas vertentes: a primeira diz respeito à questão da soberania e a segunda à inserção dos tratados no direito interno. Somente depois dessa averiguação, ter-se-ão elementos para enfocá-los perante um contexto integracionista.

1.1 Soberania vs processo de integração

A idéia clássica de soberania traduz-se no poder político de um Estado que não está submetido a nenhum outro, detentor de um poder absoluto e supremo sem restrição. Do ponto de vista internacional, cada Estado impõe limites, não há ingerência de nenhum outro nos assuntos internos. As relações, entre eles, são nitidamente de cooperação, de reciprocidade a fim de tornar possível a convivência internacional.

É certo, todavia, que esse modelo de soberania não mais atende as exigências de um processo integracionista. Esse novo paradigma exige uma transmutação no conceito soberania. Essa decai de sua roupagem absoluta, suprema e relativiza-se, cedendo uma parcela desse poder a órgãos supranacionais voltados à implantação e garantia do direito comunitário. Vale ressaltar que ceder não significa suprimir, é transferir certas competências a uma organização, mas também reservar-se de alguns outros poderes.

Essa concessão requer um esforço enorme principalmente, entre nós latino-americanos, cujo conceito clássico de soberania é muito forte e prevalece a soberania nacional indivisível. Isso, inclusive, é o que se extrai da nossa Constituição Federal, quando enaltece em várias passagens o princípio da soberania.

Pelo menos, em sede doutrinária, essa questão é ponto pacífico, não é perda de soberania e, sim, uma transferência parcial de poderes de maneira a viabilizar a meta da constituição de um mercado comum.

Na mesma linha de pensamento, encontramos nas palavras de Armando Alvares Garcia Júnior que *“os estados engajados em um processo de integração não deixam de ser entes políticos soberanos. Todavia, acordam entre si – por meio de tratados internacionais denominados tecnicamente “tratados constitutivos” – que, em relação a determinadas competências (comumente se emprega a expressão “parcelas de soberania”), renunciarão ao seu exercício individual, transferindo-as à entidade criada pelo tratado.[...]. Entretanto, e isso é bastante relevante, embora os Estados-Membros tenham acordado entre si a constituição das Comunidades e a elas transferido determinadas competências (“parcelas de soberania”), não estão eles totalmente subordinados às regras comunitárias. Na realidade, somente em relação àquelas matérias em que ocorreu a transferência (as denominadas “matérias reservadas”) tal subordinação ocorre, porque com isso expressamente concordaram os Estados”*.²

2. GARCIA Jr. Armando Alvares. *Conflito entre normas do mercosul e direito interno: como resolver o problema? o caso brasileiro*. São Paulo: LTR, 1997. p. 103

Como se vê, deixar de lado a aplicação do conceito clássico de soberania não representa modismo e sim um elemento essencial e fomentador para o êxito de qualquer integração regional. Por essa razão, temos na União Européia um exemplo clássico de integração, pois há muito está superada a discussão acerca do conceito tradicional de soberania.

Por outro lado, se os integrantes do Mercosul desconsiderarem esse aspecto, mantendo-se presos ao passado e a uma visão estática do direito, é certo o comprometimento do Mercosul. Isso representa uma relação diretamente proporcional; em outras palavras, quanto maior o comprometimento dos países envolvidos, mais ganha o Mercosul.

1.2 A incorporação dos tratados no direito interno

Segundo previsão constitucional, compete privativamente ao presidente da República celebrar tratados (art. 84, VIII) e ao Congresso Nacional resolvê-los definitivamente (Art. 49, I). ↵

Esse modelo constitucional adotado deixa patente o apego à visão tradicionalista, clássica do Direito Internacional Público, quer dizer, impõe a intervenção estatal para que se verifique a inserção dos tratados no ordenamento jurídico interno. É o chamado fenômeno da recepção, ou seja, o tratado para ser incorporado ao direito interno precisa atender as exigências constitucionais, o que em regra demanda muito tempo.

Nesse mesmo sentido encontramos arrimo nas palavras de Francisco Rezek, quando coloca que *“a me-*

cânica, entretanto, de incorporação do direito do Mercosul aos direitos nacionais, foi sempre e continua sendo hoje a mecânica clássica. São tratados internacionais que os governos negociam, os Congressos nacionais examinam e aprovam. Mediante aprovação parlamentar, os governos ratificam, ocupando-se, em seguida, de promulgar, com que se incorpora a norma do Mercosul ao direito nacional de cada um de seus integrantes. É o típico e clássico e conhecido fenômeno da recepção. [...]”³

Isso representa um verdadeiro entrave para o processo de integração. Como almejar a constituição de um mercado comum, se nem o tratado constitutivo tem aplicação e efeito imediatos? De que maneira atenuar os antagonismos existentes? É lógico que não podemos esquecer das diferenças e das peculiaridades dos países-membros, bem como, das dificuldades ínsitas a todas as experiências integracionistas. Mas, por outro lado, é imprescindível suplantar os interesses internos em prol de um objetivo mais amplo, qual seja: a concretização de uma comunidade de nações, de uma sociedade única.

É inconcebível pensar numa estrutura jurídica tão engessada e ao mesmo tempo objetivar uma integração. São situações totalmente antagônicas. A realidade social impõe uma velocidade pujante nas tomadas de decisões e o direito não pode ficar na contramão dos fatos; ou a nossa Constituição se vincula, efetivamente, ao pro-

3. REZEK, Francisco. Recepção da regra de Direito Comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. In: VENTURA, Déisy. *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 55.

pósito integracionista, ou então o Mercosul está fadado a ser mais uma experiência frustrada.

Antes de qualquer coisa, urge uma emenda constitucional que corrija a torpeza do legislador que equiparou os tratados às leis federais, estatuidando a mesma hierarquia entre eles.

Inconcebível concluir “*que a participação do Brasil no Mercosul carece de definição constitucional em dois aspectos: a) prevalência ou primazia dos tratados sobre o direito federal infraconstitucional, em razão da ausência de norma de conflito; b) possibilidade de o país submeter-se a uma ordem jurídica supranacional, em razão da explícita submissão do tratado ao controle de constitucionalidade, vale dizer primazia do direito constitucional interno sobre o direito internacional*”.⁴

Um outro aspecto bastante relevante é a dissimetria existente entre os países-membros do Mercosul. Como vimos, o Brasil carece de definição constitucional; na mesma esteira temos o Uruguai, que comete o mesmo erro contumaz, seja em relação à ausência de submissão a uma ordem jurídica supranacional, seja na questão da hierarquia constitucional dos tratados. Na ordem inversa, temos a Argentina e o Paraguai que coadunam da teoria monista, quer dizer, submetem-se a uma ordem jurídica supranacional e garantem a hierarquia constitucional dos tratados.

Após essa breve análise da questão da soberania e da incorporação dos tratados à luz da nossa

4. BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. *O processo de integração do mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados*. Brasília: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997. 12. v. p.16

constituição, chegamos à conclusão de que essa está muito aquém do desejado, de maneira a viabilizar uma integração.

2. A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO MERCOSUL

O Mercosul tem sua origem no Tratado de Assunção (1991), cujo objetivo é a constituição de um mercado comum. Para tanto, foram assumidos inúmeros compromissos pelos Estados-membros de maneira a viabilizar e concretizar tamanho intento.

No entanto, a primeira observação que merece ser feita é a natureza intergovernamental do Mercosul, ou seja, ele não foi criado como organismo supranacional, sendo destituído de qualquer característica dessa espécie.

Inevitavelmente, se estabelece uma comparação entre o Mercosul e a União Européia, primeiro em razão do estágio em que essa se encontra e segundo porque como aquele visa à formação de um mercado comum, precisa de um modelo para se espelhar. Espelhar não significa copiar e nem estereotipar, antes de tudo é preciso ter em mente que há muitas diferenças entre os dois blocos.

A própria origem de um e de outro guarda relação com o momento de sua criação, as necessidades eram distintas. Entre os países precursores da União Européia se vislumbrava uma homogeneidade econômica, cultural e acima de tudo a vontade política de superar as desigualdades em prol da reconstrução do velho continente e, para tanto era necessária

a criação de organismos supranacionais. Já no Mercosul, nunca houve e ainda não há essa homogeneidade de interesses, o sentimento e necessidade de romper com o conceito tão arraigado e clássico de soberania. Além do que, o Mercosul é fruto de um processo de globalização econômica que impõe a premência de ampliar mercados e não a de criar instituições supranacionais.

As decisões tomadas no âmbito do Mercosul ficam muito à mercê dos governantes, inexistente autonomia, vislumbra-se um controle excessivo e uma tendência protecionista no que diz respeito à defesa dos interesses de cada um. Por trás das decisões há sempre a pressão política, falta um órgão independente, pois todos os órgãos com poder decisório são de natureza intergovernamental, além do que preza-se pelo consenso de todos os Estados-membros. Torna-se algo interpessoal, o representante não detém liberdade plena de ação, isenção e imparcialidade, poderes imprescindíveis a todo e qualquer processo de integração.

Do ponto de vista político, é inegável o avanço do Mercosul, tanto assim sua natureza intergovernamental; mas do ponto de vista jurídico, ainda está muito longe de alcançar o nível de integração da União Européia dotada de caráter supranacional. Qualificativo praticamente inexistente no Mercosul, apesar da previsão legal.

Feitas todas essas considerações é inconteste que o Mercosul detém uma estrutura eminentemente econômica, ainda que se considere a contemplação do prin-

cípio da gradualidade como mecanismo aliado ao elemento tempo, para equacionar as diferenças e peculiaridades presentes em cada integrante do bloco.

3. A UNIFICAÇÃO OU A HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES?

Fazendo-se uma leitura de ambos os Tratados, o de Roma e o de Assunção, verifica-se o compromisso expresso assumido pelos Estados-membros respectivamente, no sentido de aproximar e harmonizar as legislações nacionais para lograr o fortalecimento do processo de integração regional.

Para haver a consolidação de um processo de integração faz-se mister uma harmonização jurídica. Até porque os impactos oriundos de um processo de integração plena não se restringem ao âmbito econômico. Há desdobramentos institucionais, sociais, e principalmente jurídicos, os quais representam o maior desafio do processo de integração. Sendo assim, para que se dê um processo de integração é necessário o cumprimento de um estágio prévio, qual seja: a harmonização das legislações.

É muito comum a utilização do termo unificação como sinonímia de harmonização das legislações, mas são situações distintas. Em geral, na unificação há a pretensão de dotar os países envolvidos de uma legislação comum, afastando o princípio da soberania interna.

Ao passo que na harmonização se pretende eliminar as divergências entre os ordenamentos, mas cada um permanece com a autonomia da sua legislação.

Busca-se uma convergência principalmente no que diz respeito às normas gerais.

O recurso à uniformização não é o mais acatado, principalmente, se for levada em conta a sua inflexibilidade.

“À rigidez da unificação, na forma de direito supranacional com vigência em vários estados, buscou-se a alternativa de uma fórmula mais leve e arejada, encontrada na harmonização que significa, corretamente, a adaptação das legislações internas a uma diretriz comum tomada externamente. A escolha entre a unificação e a harmonização está intrinsecamente ligada à questão de como se quer uma comunidade econômica: com maior ou menor perda de soberania, construindo um Superestado ou cedendo o mínimo de individualidade para a autoridade central. Essa questão, como se vê, tem fundo filosófico, político e ideológico, parecendo claro que a opção pela forma mais atenuada da harmonização é a que mais se amolda aos princípios liberais e democráticos.

Por outro lado, a tarefa gigantesca de unificação pode ser substituída pela mera adoção uniforme de princípios gerais ou de pontos essenciais de determinada relação jurídica, o que também indica o caminho da harmonização como o mais adequado para atingir-se a uniformidade, ainda que parcial mas, sem dúvida no seu aspecto fundamental.

*E entre a unificação completa, instituída em todos os níveis e que deve ser evitada, e o completo isolamento dos sistemas jurídicos dos Estados, que deve ser igualmente rejeitado, há um caminho intermediário que é o da harmonização”.*⁵

⁵ PABST, Haroldo. Mercosul: direito da integração. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 35-6.

A harmonização é a alternativa mais salutar para a segurança jurídica. Através dela é possível uma interpretação coesa, reduzindo a margem de equívocos jurídicos. Insano conceber um juiz conhecer toda a legislação em vigor nos países do Mercosul. Esse problema é praticamente dirimido utilizando-se do recurso da harmonização das legislações. Mas como se verifica esse recurso? Essa pergunta é respondida com base nos argumentos do professor Luiz Olavo Baptista quando defende que se chega à harmonização *“através de textos escritos, de forma diferente ou semelhante, não importa, o mesmo resultado. Para tanto, é preciso que se saiba quais são os resultados visados e portanto, desenvolver princípios gerais de direito, específicos em cada caso”*.⁶

Como vimos, o Tratado de Assunção é taxativo quanto à harmonização das legislações; essa tarefa, no entanto, será realizada com muito mais nitidez, no momento em que surja um órgão supranacional garantindo uma interpretação e aplicação uniformes do Tratado.

Essa é mais uma constatação da imprescindibilidade de um Tribunal de Justiça comunitário no âmbito do Mercosul.

4. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Neste item nos deteremos na verificação do mecanismo existente para a solução de controvérsias adotadas no Mercosul e na União Européia.

⁶ Ventura, op. cit., p.112

O Mercosul, ao contrário da União Européia, não contemplou em sua estrutura institucional o Tribunal de Justiça Comunitário. A solução de controvérsias, provenientes da interpretação, aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção dar-se-á pelo mecanismo da negociação direta, da intervenção do Grupo Mercado Comum e por fim do procedimento arbitral.⁷

Nesse há apenas o comprometimento dos Estados-partes de adotarem as medidas necessárias para assegurar a incorporação e o cumprimento das normas ao ordenamento jurídico nacional.

Por ora, o processo de integração no Mercosul encontra-se num patamar bastante incipiente, seu objetivo de constituição de um mercado comum caminha a passos lentos, longe de atingir sua plenitude. Conseqüentemente, a solução de controvérsias previstas no Protocolo de Brasília, embora não represente o ideal almejado, em razão da natureza das controvérsias (essencialmente comercial), do baixo número de litígios e da ausência de complexidade dos problemas entre os países do Mercosul, a solução arbitral acaba sendo satisfatória para essa etapa da integração.

É possível destacar níveis de colaboração econômica multilateral que podem ser utilizados na caracterização de integração dos Estados, quais sejam:

- a) A formação de uma zona de livre comércio, que se caracteriza basicamente pela eliminação de barreiras alfandegárias e outras formas de restrição comercial.

⁷ Protocolo de Brasília.

- b) A união aduaneira que, além da zona de livre comércio, requer o estabelecimento de uma tarifa externa comum.
- c) Mercado comum que congrega as duas etapas acima mencionadas e mais a livre circulação de pessoas, serviços e bens.

Tomando por base as etapas acima mencionadas, o Mercosul situa-se na faixa intermediária, caminhando rumo ao último e almejado estágio. Até lá, o Mercosul pode continuar com o mecanismo da arbitragem, mas atingida a instância máxima da integração será preciso direcioná-lo para a criação de um Tribunal de Justiça Supranacional e assim atender as conclamas doutrinárias.

Apenas a título ilustrativo trouxemos algumas contribuições doutrinárias acerca do tema.

Segundo Marotta Rangel “o tribunal arbitral não tem condições de exercer o controle efetivo de legalidade do Mercosul e de realizar um sistema orgânico de constante exegese do sistema de integração regional. Não dando ensejo sequer à elaboração de um corpus de decisões que nos assegurem da uniformidade necessária à tarefa de interpretação”.⁸

“A arbitragem internacional, nos moldes como foi previsto pelo MERCOSUL, dificilmente terá força para garantir a aplicação uniforme das regras do Tratado de Assunção, dos protocolos, dos Acordos, ou das de-

⁸ CASELHA, Paulo Bortol. Mercosul: exigências e perspectiva. São Paulo: LTR, 1996, p. 165.

cisões, resoluções e diretivas adotadas no seio dos órgãos com capacidade decisória.”⁹

“A arbitragem internacional, modalidade, como se disse, paraestatal de composição de conflitos, não obstante o seu relevo, não se mostra suficiente. Só a jurisdição supranacional, socorrida pelas jurisdições nacionais, poderá assegurar a aplicação equidistante das normas supranacionais. Para ver a inviabilidade, no futuro, da solução puramente transacional ou paraestatal, basta considerar-lhe a vulnerabilidade, no caso de descumprimento da decisão por alguma das jurisdições nacionais. [...] Caminha-se, assim, para a exigência de um sistema judiciário supranacional do Mercosul, podendo, nesse ponto, as Cortes de Luxemburgo virem a servir-lhe de exemplo e paradigma”.¹⁰

“É óbvio que os procedimentos estabelecidos no Protocolo de Brasília são completamente inadequados quando o juiz nacional tenha que aplicar uma norma destas convenções ou outra norma do direito comunitário. Para estes casos seria recomendável introduzir, no ordenamento jurídico do Mercosul, o mecanismo da interpretação prejudicial por uma Corte supranacional que garanta a aplicação uniforme do direito comunitário”.¹¹

Em contraposição, a União Européia desde a sua instituição, contemplou o Tribunal de Justiça Comu-

⁹ GARCIA JÚNIOR, op.cit., p.88.

¹⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária. Revista Jurídica, a. XLV, n. 236, 15-29, jun 1997, p. 28-9.

¹¹ SAMTLEBEN, Jürgen. Perspectivas para uma corte do Mercosul e a experiência européia. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 33 n. 131, 261-67, jul/set, 1996, p.266.

nitário com competências previamente estabelecidas e destinadas a garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado perante os países-membros da comunidade, bem como entre os cidadãos. A decisão proferida pelo Tribunal é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que ela designar.

Pela própria terminologia utilizada nos tratados constitutivos dos blocos (Mercosul e União Européia), ou seja, comprometimento e obrigatoriedade respectivamente, fica clara a autoridade de um e de outro.

Como se percebe, a solução oriunda de um Tribunal de Justiça é muito mais consistente e acaba sendo um elemento de importância fundamental no processo de integração, além de favorecer a aproximação das legislações.

De um modo geral, há um consenso acerca de quanto é representativa e necessária a constituição de um Tribunal de Justiça Supranacional para criar e consolidar um ordenamento jurídico novo, indistinto e uniformemente aplicável em todo o território, bem como, dotado de competência para examinar e julgar casos de violações ou lesões a direitos, de pessoas físicas e jurídicas de direito privado interno, assegurados pelas normas comuns da integração.

Mas, por outro lado, se essa pretensão é real, ela deve obedecer a etapas. Impossível criar um Tribunal sem que esse seja objeto de reflexão entre os envolvidos. Afinal, o princípio da soberania interna, ao longo dos tempos, sempre foi tido como um dos mais importantes de uma nação. Então, é fundamental buscar o equilíbrio entre o direito interno e o direito comunitário, até

mesmo para propiciar uma harmonização das legislações mais rápida e a conseqüente incorporação das normas no ordenamento jurídico interno.

Que um possível Tribunal de Justiça no Mercosul demande tempo é aceitável. Inviável é a falta de compromisso dos interessados em concretizá-lo e só se apercebendo da sua falta na ocorrência de demandas concretas.

Denota-se uma correlação entre os problemas, ou seja, a ausência de um Tribunal dificulta o compromisso da harmonização das legislações entre os países e torna mais frágil o processo de incorporação das normas no plano jurídico interno.

"Um mercado comum não se faz sem normas comuns, cuja uniformidade de interpretação e aplicação seja assegurada por uma instância jurisdicional independente dos tribunais nacionais, tendo jurisdição sobre o conjunto do território integrado. Essa instância jurisdicional comum tem de estar imune às injunções políticas internas dos estados-partes".¹²

5. PRINCÍPIOS DO DIREITO COMUNITÁRIO

Martha Jimenez, ao analisar a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia, observa que é reiterado o entendimento do Tribunal no sentido de que o *"Tratado Comunitário criou um novo ordenamento jurídico em favor do qual os Estados têm limi-*

12 CASELLA, Paulo Borba. Internacionalização do direito e impacto da harmonização legislativa no Mercosul - O desafio para os profissionais da área jurídica. *Cláusula Jurídica*, a. X, v. 69, 434-442, maio/jun, 1996. p. 437.

tados, em âmbito cada vez mais amplo, seus direitos de soberania e cujos sujeitos não são unicamente os Estados Membros, são também seus nacionais”.¹³

“A aceitação do direito comunitário impulsionou reformas constitucionais em cada um dos Estados-Membros no tocante às normas que pudessem eventualmente obstaculizar o processo integracionista”.¹⁴

Doutrinariamente, é pacífico que para constituição de um processo integracionista pleno é condição *sine qua non* a existência do caráter da supranacionalidade.

Para Pierre Pescatore a supranacionalidade traz insita “a submissão de poderes efetivos a serviço dos objetivos perseguidos conjuntamente pelos estados, abrangendo: a) a adoção de decisões que vinculem aos Estados-Membros; b) o estabelecimento de regras de Direito que os Estados devem respeitar; c) o proferimento de decisões por parte da Justiça que fixem esse Direito”.¹⁵

Feitas essas observações exsurgem os princípios basilares deste novo ramo da ciência jurídica, denominado Direito Comunitário, são eles:

- Autonomia;
- Primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, ou adoção da teoria monista em detrimento da teoria dualista;

13 Cf. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. BASSO, Marietela (org.), Mercosul seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-Membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 18.

14 GARCIA JÚNIOR, op. cit., p. 18.

15 Citado por GARCIA JÚNIOR. Op. cit., p. 100.

- Aplicação direta do direito comunitário (desnecessária a intervenção estatal, perpassando necessariamente, por uma reforma constitucional no nosso caso específico);
- Normas jurídicas comuns e órgãos reconhecidamente supranacionais.

Esse elenco de princípios é meramente enunciativo, até porque o Direito Comunitário é recente e sua construção está se verificando dia após dia.

6. CONCLUSÕES

Diante de todas as considerações feitas ao longo do texto é possível concluir que alguns aspectos urgem ser incorporados ao Mercosul, para a constituição de um mercado comum. Pois, no contexto atual, esse ideal não saiu do plano da abstração podendo ser considerado como utópico.

Com um pouco de otimismo podemos dizer que o Mercosul está preparando o terreno para alcançar o estágio de mercado comum. Mas, para tanto, requer a adoção de algumas medidas, quais sejam:

- A adequação da Constituição Federal para viabilizar e concretizar o dispositivo legal previsto no art. 4º, § único com suas respectivas implicações legais, em outras palavras, repensar o conceito de soberania e a maneira de incorporação dos tratados no direito interno;
- Na estrutura definitiva do Mercosul contemplar ca-

racterísticas supranacionais, eliminando o cunho intergovernamental atualmente existente.

Embora estejamos ainda em um processo construtivo, o Mercosul vem, paulatinamente, conquistando colorido próprio e demonstrando que pode se tornar um bloco regional em condições de competir com os demais. Na verdade, pouco avançamos quanto à concretização de mercado comum, estamos na fase de integração econômica e enfrentando uma série de dificuldades de adequação com os demais integrantes do Mercosul,

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BASSO, Maristela (org). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
2. BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. *O processo de integração do mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados*. Brasília: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997. 12. v.
3. CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996.
4. _____. Internacionalização do direito e impacto da harmonização legislativa no Mercosul – O desafio para os profissionais da área jurídica. *Ciência Jurídica*, a. X, v. 69: 434-442, mai/jun, 1996.

5. GARCIA Jr. Armando Alvares. *Conflito entre normas do mercosul e direito interno: como resolver o problema? : o caso brasileiro*. São Paulo: LTr, 1997.
6. PABST, Haroldo. *Mercosul: direito da integração*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
7. SAMTLEBEN, Jurgen. Perspectivas para uma corte do Mercosul e a experiência européia. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33 n. 131, 261-67, jul/set, 1996.
8. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária. *Revista Jurídica*. a. XLV, n. 236, 15-29, jun 1997.
9. VENTURA, Deisy.(org.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
10. VEIGA, Gláucio. *Direito econômico*, [s.r.b.], p. 07.

O ILÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE KELSEN E PONTES DE MIRANDA

Felipe Polato Braga Netto
Advogado da União, mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: LIMITES PROPOSTOS. 2. TEORIA GERAL DO DIREITO: SABER GENERALIZANTE. 3. DOIS AUTORES, KELSEN E PONTES DE MIRANDA. 3.1. Conceição de norma jurídica. 3.2. A questão da sanção. 3.3. O ilícito como parte integrante da norma jurídica. 3.4. A questão da juridicidade: o ilícito é jurídico? 4. CONCLUSÕES: DOIS PARADIGMAS DE ANÁLISE

1. INTRODUÇÃO: LIMITES PROPOSTOS

Nosso propósito, nos estreitos limites desse artigo, é apresentar uma visão, ainda que não rigorosamente monográfica, do ilícito na teoria geral do direito. A questão que se põe, de início, é de método: seria possível tratar, dada a amplitude do tema, do ilícito tendo como pano de fundo de análise a teoria geral do direito? A resposta nos parece ser afirmativa, desde que se proceda, por conveniência metodológica, como procuramos fazer, a um corte ideal do objeto formal sob uma variedade de objetos materiais.

O ilícito é categoria fundamental na ciência do direito. Pode-se mesmo considerá-lo um conceito fun-

damental, no sentido que Felix Somlo confere ao termo¹. Com efeito, seria possível imaginar um ordenamento jurídico sem espécies ilícitas? A adaptação social, que o direito promove, com a especificidade que lhe é própria, seria realizável, sem a ajuda do conceito de ilicitude?

O ilícito espraia-se por todo o direito, seja esse tido em sua dimensão de objeto, sobre o qual os estudiosos, em metalinguagem, emitem proposições, seja o direito estudado em sua dimensão ciência, como cogitação sobre o fenômeno que se apresenta através de princípios e normas².

Sua relevância é tamanha que as grandes teorias que tentam explicar o direito, a exemplo da de Kelsen, engendram todo um sistema a partir do ilícito, conceituando-o como o pressuposto para a aplicação da sanção³.

O ilícito, portanto, é categoria jurídica que avulta em importância, tanto teórica quanto prática, sendo elemento necessário para a construção de qualquer sistema jurídico, não se conhecendo um ramo do direito que possa prescindir das espécies ilícitas, nem um ordenamento jurídico que juridicize apenas fatos lícitos.

Há, destarte, muitas questões envolventes do ilícito, que somente em teoria geral do direito podem ser adequadamente resolvidas. O ilícito integraria, como querem algumas teorias, a própria estrutura formal da norma jurídica, sendo elemento integrante do próprio

conceito de norma? O ilícito é antijurídico, entendendo-se por tal o ato que não entra no mundo do direito, que permanece como que à parte do fenômeno jurídico?

As respostas para essas questões, conquanto não tenhamos a pretensão de as dar definitivas, serão oferecidas ao longo do trabalho, com as respectivas razões de convencimento.

Cabe consignar que adotamos, nesse artigo, algumas linhas de orientação que pedem menção. O tema, porque demasiado amplo, só pode ser desenvolvido com alguma sistematicidade se forem traçados alguns cortes epistemológicos de molde a propiciar um estudo mais detalhado de alguns pontos. E assim o fizemos, escolhendo, dentro do imenso mar da ilicitude, aquelas questões que, ou pelo interesse que trazem, ou pelo grau de polêmica que envolvem, sobressaem-se dentre as demais.

Assim, ao recortar uma parcela da realidade, o pesquisador torna possível a especialização que propicia o desenvolvimento de um instrumental para explicar os fenômenos. A tarefa de delinear um objeto formal, portanto, "resulta do ato de pôr entre parênteses, mediante critérios seletivos, alguns aspectos, ficando em evidência outros, mas, todos eles, aspectos constituintes da coisa mesma⁴".

A técnica recomenda, para melhor dimensionar as discussões, que se reduza quanto possível o campo de pesquisa, propiciando uma visão mais clara e profunda do que se fala. Obedecendo a esse cânone cientifi-

1 Felix Somlo, *Juristische Grundlehre*, 1927, p. 8-10, Apud VILANOVA, Lourival. *Elementos Lógicos e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 132.

2 Cf. VILANOVA, Lourival. op. cit. p. 129.

3 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 121-128.

4 VILANOVA, Lourival. *Teoria da Revolução*. Separata do anuário do Mestrado da Universidade de Recife, 1939, p. 47.

co, adotamos dois autores, Kelsen e Pontes de Miranda, e a partir de seus conceitos, categorias e institutos é que estudaremos a ilicitude, sem deixar, é claro, de trazer outras achegas doutrinárias.

2. TEORIA GERAL DO DIREITO: SABER GENERALIZANTE

A chamada ciência dogmática do direito, ou "ciência dos juristas", ocupa posto privilegiado no universo das cogitações científicas a respeito do Direito. É uma ciência do conteúdo, como exposição sistemática de um sistema jurídico positivo⁵. Conquanto não se possa desprezar a importância das demais atitudes cognoscitivas a respeito do fenômeno jurídico (sociologia jurídica, história do direito, etc.), é inegável que a dogmática jurídica tem lugar de destaque, sendo o *locus* por excelência das discussões a respeito dos conceitos fundamentais do direito.

Existem, destarte, múltiplas possibilidades de conhecimento jurídico. Por conhecimento jurídico entende-se "qualquer espécie de saber que se dirija ao direito com pretensão cognoscente"⁶. Cada setor do co-

nhecimento, obviamente, tem suas técnicas de investigação específicas, com método e tecnologia próprias.

E no cume da ciência dogmática está a teoria geral do direito. É que a divisão do direito em variados e distintos ramos, para efeitos didáticos e metodológicos, não apaga a unidade intrínseca do ordenamento jurídico, como vasto conglomerado de princípios e normas dispostos em forma de sistema. Assim, sob o *continuum* do universo jurídico traçam-se setores diferenciados de conhecimento: são as ciências jurídicas dogmáticas. E, sobre todas elas, arrumando sistematicamente o que está fragmentado em vários subcampos está a teoria geral do direito.

Ela representa como que um campo de intersecção, um lugar onde os problemas genéricos, comuns a todos os ramos do direito se encontram, e devem receber idêntico tratamento, porque aqui se trabalha com os conceitos fundamentais, tais como norma jurídica, incidência, sanção, fato jurídico, relação jurídica, sujeito de direito, efeito jurídico e outros mais.

O conhecimento jurídico, dogmaticamente falando, dirige-se às normas. O direito foi tradicionalmente entendido como um sistema de normas e constitui, portanto, o objeto desse conhecimento. Cabe, contudo, distinguir teoria geral do direito e lógica jurídica. Essa, também geral, não lida, contudo, com os conteúdos jurídicos. A lógica, conquanto sirva para conferir precisão ao raciocínio e possibilite uma análise formal mais apurada, não serve como instrumento de conhecimento do que se passa no interior de determinado sistema jurídico. O que interessa à lógica não é o conteúdo de significação dos enunciados, mas sim a formalização da

5 KELSEN, já no primeiro capítulo de sua *Teoria Pura do Direito*, esclarece que sua teoria é uma teoria do direito positivo em geral, e não de uma ordem jurídica específica. Discute-se, em doutrina, se a cada sistema de normas, conceptualmente dado, corresponderia uma exposição sistemática, distinta das demais. Ou seja, se haveria tantas ciências dogmáticas quantos sistemas de direito positivos. (Felix Somlo, *Juristische Grundlehre*, p. 2-10, Apud Vilanova, *Estruturas...*. Seria a dogmática uma ciência cultural individualizadora, por envolver valores, como quer Radbruch, ou haveria tantas ciências quanto ordenamentos jurídicos houvesse? Pontes de Miranda e Lourenço Vilanova acreditam que há uma só ciência, com conceitos e proposições universais, que, "relativamente à matéria empiricamente dada, funcionam como 'conceitos fundamentais'". (*Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, p. 132).

6 VILANOVA, *Estruturas...*, p. 22.

linguagem que, trabalhando com variáveis e constantes, ou seja, com símbolos que podem ser substituídos por quaisquer objetos de um determinado campo material, possibilita uma análise sintática mais depurada⁷.

Já a teoria geral do direito, não obstante possua notável largueza de vistas, pela generalidade que lhe é própria, trabalha com aspectos semânticos, não sintáticos. Deve-se distinguir, desta feita, a generalização formal, que conceitua a lógica jurídica⁸, da generalização material, que, por tratar com os conteúdos, é a que define a teoria geral do direito⁹.

Vale consignar, porque pertinente à teoria geral do direito, que se atribui a Kelsen o mérito da descoberta da diferença entre norma jurídica e proposição jurídica. Essa seria a produção científica descritiva daquela; uma sob o império da lógica aponfântica, suscetível dos valores verdade e falsidade, e a outra regida pela lógica deontica – lógica das normas – e aferida de acordos com os valores de validade e não-validade.

Na teoria kelseniana inexistem contradições entre as normas jurídicas pois, a seu sentir, uma tal hipótese acabaria por comunicar tais contradições à ciência que estuda o direito, o que destruiria as exigências formais de construção de um sistema científico¹⁰. Pontes de

7 *idem*, p. 9.

8 v. defendendo posição oposta ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico* 6 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d.p. 7.

9 VILANOVA, *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, p. 25.

10 Cf. VILANOVA, *idem*, p. 127: (i) critérios que permitam decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema; (ii) coerência interna, isto é, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes do sistema; (iii) completude – o sistema contém uma proposição ou a contraditória (segundo R. Blanché, esse requisito meta-sistemático é 'fondé sur le principe du tiers exclu'; Blanché, *L'Axiomatique*, pag. 42). No mesmo sentido de Kelsen, v. Radbruch, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 254.

Miranda, nesse passo, afirma, peremptoriamente, que o sistema jurídico é um sistema lógico, harmônico e isento de contradições. Também a ciência, segundo Pontes, obviamente também não pode abrigar conceitos antitéticos, não só a ciência jurídica, como qualquer outra.

Embora Pontes de Miranda não seja expresso, sempre distinguiu ciência jurídica e direito, este como fenômeno social, e aquela como cogitação sistemática de estudiosos a respeito do objeto material¹¹.

3. DOIS AUTORES: KELSEN E PONTES DE MIRANDA

Neste trabalho, para melhor situar o tema, e para impedir digressões metodologicamente desaconselháveis, situaremos a discussão abordando a obra de dois autores que, pela excelência de suas posições, definem, de maneira paradigmática, duas maneiras de ver o fenômeno jurídico, e, conseqüentemente, o ilícito.

3.1 Concepção de norma jurídica

Para Kelsen, a estrutura lógica da norma de direito é um juízo hipotético que envolve uma conduta como devida, ajuntando uma consequência que deve ser aplicada pelo órgão jurisdicional. Assevera esse jurista que a lógica da ciência jurídica é necessariamente distinta

11 Cf. SALDANHA Nelson. "A distinção entre Direito-fenômeno e Direito-doutrina, nem sempre bastante nítida nas páginas do Sistema (apesar de óbvia), torna-se clara no Tratado, mas não propriamente explícita". *Estudos de Teoria do Direito* Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 33.

daquela que preside o estado de coisas nas chamadas ciências naturais. Haveria, portanto, dois modos de se ordenar os fatos do universo, um pela causalidade, próprio das ciências naturais, e outro pela imputação, lidando-se aqui com os conceitos de fato condicionante e fato condicionado¹².

Nasce, assim, na ciência jurídica, a clássica bipartição entre ser e dever-ser, nascida no neo-kantismo da escola de Baden, com Wildelband e Rickert à frente¹³. Esse dualismo, que não nega, o que seria absurdo, a existência do ser, postula entretanto que tal lógica (do ser, que viera de Aristóteles) revela-se inadequada para explicar a realidade jurídica.

A cisão entre ser e dever-ser, que antes de transplantada ao campo jurídico já pertencia ao patrimônio filosófico, é considerada, por alguns, como um modo de pensamento, a exemplo do futuro e do passado, e, de tal forma, ineliminável¹⁴.

O dever-ser não exprime nenhum juízo de valor social, moral, religioso ou político, não se refere ao valor intrinsecamente considerado do que deve ser, mas apenas relaciona, deonticamente, fatos, do jeito que um fato deve ser porque o outro é. "Com o termo 'norma'.

12 Para Carlos Cossio, foi Kelsen quem criou a lógica jurídica, entendida esta como a lógica do dever ser: "El descubrimiento de la lógica jurídica es el mérito sin par de Kelsen. Kelsen descubre la lógica jurídica con una amplitud comparable a la de Aristóteles para la lógica del ser (...)" (*Teoría Epológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Abelardo Flores, 1964, 2ª ed., p. 379).

13 Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 79.

14 Cf. Georg Simmel: "O dever-ser (das Sollen) é uma categoria que, aditada ao significado real duma representação, determina a sua importância relativa para a praxis... Não há qualquer definição do dever-ser... O dever-ser é um modo de pensamento como o futuro e o preterito". (Apud. ENGLISH, ob. cit., p. 37).

– observa Kelsen – *se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira*"¹⁵.

Para Kelsen a norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Assim distingue ele a norma do ato de vontade que a constitui. "Na verdade – diz Kelsen – a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser"¹⁶.

A concepção ponteana a respeito da norma jurídica será estudada, mais de espaço, nos tópicos seguintes.

3. 2 A questão da sanção

A questão da sanção sempre ocupou enorme importância na ciência do direito. Pode-se mesmo dividir, sob esse aspecto, as concepções jurídicas em sancionistas e não-sancionistas, como faz Marcos Bernardes de Mello¹⁷. O critério de bipartição, nesse caso, é o da essencialidade. Seria a sanção integrante necessária da estrutura lógica da norma jurídica? Os não-sancionistas, aduzindo que há inúmeras normas às quais não é relacionada sanção, dizem que pode haver, em normas jurídicas, sanção, porém não com a nota da necessidade. Já os sancionistas entendem que a sanção está sempre presente, compondo a estrutura lógica da norma, embora advirtam que ela nem sempre se

15 Teoria Pura, p. 5.

16 *idem*, p. 6.

17 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 27.

encontra explicitamente prevista no mesmo dispositivo legal.

Kelsen é o representante, por excelência, dos chamados sancionistas, entendendo que o direito é uma ordem coativa, ou seja, é um conglomerado de normas que estatuem atos de coerção¹⁸. Seu conceito de direito, portanto, seria o de uma ordem segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve-se executar um ato de coerção, pelo sistema especificado. A norma mais importante, para Kelsen, é a norma primária, a norma que estabelece a coerção, como resultado de um ilícito, sendo a secundária uma norma não autônoma, porque dependente da norma sancionadora¹⁹.

Destarte, a norma somente é jurídica porque estabelece uma sanção. A norma desprovida de conteúdo coercitivo tornar-se-ia mero preceito moral, desqualificando-se como jurídica. O critério que informa essa classificação, vê-se, é a existência, no chamado preceito, ou prescriptor normativo, da sanção, consubstanciada na possibilidade do uso da coerção organizada, por intermédio do órgão jurisdicional, de modo a fazer valer as determinações prescritas nas normas.

De acordo com esse entendimento, o papel da norma jurídica cingir-se-ia a definir as condições para o

18 Teoria Pura... p. 85

19 Um dos aspectos mais criticados da teoria kelseniana talvez tenha sido exatamente essa divisão da norma em primária e secundária, sendo a primária a que estabelece a sanção, esvaziando a importância da norma que estabelece o dever. Norberto Bobbio alterou os termos da questão, reservando para a norma primária a que estabelece o que deve e o que não deve ser feito. Também assim Lourival Vilanova. Em obra publicada postumamente (Teoria Geral das Normas), contudo, o próprio Kelsen reviu sua concepção, reformulando os conceitos e empregando o termo norma secundária para aludir à norma sancionadora.

exercício da sanção estatal. Ficaria o direito, nesse passo, reduzido à norma sancionadora, de jeito a revelar a presença da coerção. A chamada norma secundária, segundo a terminologia kelseniana originária, em que se revelariam o direito e dever jurídico correlativos, importaria apenas na medida em que serviria de pressuposto da norma primária, essa sim, segundo Kelsen, a autêntica norma jurídica, porque sancionadora²⁰.

Já os não-sancionistas, dentre os quais está Pontes de Miranda, defendem que a norma jurídica está completa quanto contém, apenas, a indicação do suporte fático e dos efeitos a ele correspondentes. É, por conseguinte, irrelevante haver, ou não, uma sanção para o caso de transgressão. O que é fundamentalmente importante é a existência de uma proposição completa de juridicidade, que se forma com a previsão abstrata da norma, de um ou de um grupo de fatos, aos quais o sistema relaciona determinadas consequências jurídicas²¹.

Na teoria de Pontes de Miranda temos uma proposição jurídica completa (Pontes não usa tal terminologia) com a previsão de um ou de um grupo de fatos e a consequente ligação de certos efeitos, bastando que os fatos hipoteticamente previstos aconteçam, de forma a desencadear o mecanismo da incidência.

20 Cf. VILANOVA, Lourival, "A primeira parte da proposição jurídica completa (que se constitui de norma primária e norma secundária) é composta de hipótese e tese. A hipótese é descritiva de fato de possível ocorrência - o fato jurídico recortado sobre o suporte fático (Pontes de Miranda) - mas a tese, normativamente vinculada à hipótese, tem estrutura ínterna de proposição prescritiva" (Extensões... p. 54)

21 Cf. MELLO, op. cit., p. 46. Este autor inclui, dentre os "não-sancionistas", além de Pontes de Miranda, Larenz e Von Tuhr.

O que importa, para que se tenha uma norma jurídica completa, segundo esse modelo teórico, é a descrição de um suporte fático e a prescrição dos efeitos jurídicos a ele especificamente imputados, não importando se consubstanciam eles uma sanção²²⁻²³.

Os termos suporte fático e preceito, ou hipótese e consequência, para designar a previsão e a atribuição de eficácia, desempenham, na estrutura da norma jurídica, a mesma função da "prótase" e da "apódose" na composição do juízo hipotético segundo os ensinamentos da lógica clássica²⁴.

3.3 O ilícito como parte integrante da norma jurídica

A estrutura lógica da norma jurídica é problema dos mais debatidos ao longo da história da ciência jurídica. Qual, em seu esquematismo formal, a organização da norma de direito? Quais suas notas essenciais? O que, fundamentalmente, a define e a caracteriza? São questões perenes, que se renovam através dos tempos, sem que se alcance uma unidade de vistas, o que comprova a relevância científica do assunto.

A questão entra em nosso campo de análise na me-

22 Cf. *idem*, p. 30.

23 Vale dizer que a terminologia para significar os termos componentes da norma jurídica varia enormemente. Lourival Vilanova os designa de hipótese e tese. Geraldo Ataliba adota outro critério e distingue a previsão abstrata, a que chama hipótese de incidência, e fato impositivo, que seria a previsão realizada. Não cabe aqui fazer um inventário das nomenclaturas utilizadas. Pontes de Miranda, antes de todos, distingue a previsão abstrata (suporte fático abstrato), a previsão acontecida (suporte fático concreto), o contato da norma com os fatos, ao acontecer destes (incidência), o nascimento do ser, no mundo do direito (fato jurídico), e a consequente irradiação dos efeitos (relação jurídica), já abstratamente previstos no ordenamento.

24 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 46.

didada em que determinados autores inserem o ilícito como nota caracterizante da estrutura jurídica normativa. De acordo com tais concepções, o ilícito não seria, apenas, um fato jurídico com conteúdo axiológicamente negativo, mas um componente necessário da norma jurídica, desde que enxergada sob uma perspectiva integral e analítica.

Sabe-se que a teoria egológica, do jurista argentino Carlos Cossio, opõe-se à teoria pura²⁵ de Kelsen no que se refere à estrutura da norma jurídica. Enquanto para Kelsen ela é um "juízo hipotético", para Cossio ela assume a forma de um "juízo disjuntivo". Na teoria egológica, a norma jurídica completa é composta de duas estruturas proposicionais, a *endonorma* e a *perinorma*. A licitude estaria na endonorma, sob a forma da possibilidade de cumprir o devido, e a ilicitude estaria na perinorma, sob a ameaça de sanção tendo em vista o não cumprimento da prestação ("dado A, deve-ser B, ou dado não-B, deve-ser S").

Observe-se, contudo, que dissidências internas à parte, em ambas as teorias – pura, de Kelsen; e egológica, de Cossio – tem-se a ilicitude como integrante da estrutura da norma de direito. Escolhemos, para ilustrar, essas duas posturas teóricas, ainda que não sem

25 Apesar de a teoria kelseniana se auto-denominar "pura", força é constatar que seu conceito de eficácia é um conceito que tem raízes sociológicas, ao vincular a vigência da norma a um mínimo de eficácia: "Como a vigência da norma pertence à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos". (*Teoria Pura do Direito*, p. 11). No sistema científico de Pontes de Miranda, denomina-se efetividade o que Kelsen chama de eficácia, que seria a reação comunitária, aplicando ou não, as normas que incidiram. É a norma em sua dimensão sociológica, na terminologia de Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico*, p. 14).

um pouco de arbítrio, seja pela projeção internacional que têm, seja pela condição de representatividade do pensamento dominante, salvo uma ou outra variação de pequena monta.

Com efeito. A doutrina, destarte, de modo geral, secunda a assertiva de que, para haver norma jurídica, em sua integridade estrutural, tem de haver ilícito. Melhor dizendo: uma norma jurídica só estará adequadamente descrita, em seu esquematismo formal, se se prever a possibilidade de sua violação, o que resulta num ilícito.

Mas seria a ilicitude, de fato, componente sempre presente na estrutura da norma jurídica? Não se pode levar um fato ao mundo do direito – torná-lo jurídico, portanto – sem se cogitar de um ilícito? E se a resposta a tal indagação for afirmativa, como então compatibilizá-la com as teorias acima mencionadas?

A concepção de norma jurídica de Pontes de Miranda é mais simples, sem que isso signifique menor acerto científico. Pontes distingue, como divisão fundamental e básica, o mundo fático e o mundo jurídico, sendo esse composto pelos fatos que foram juridicizados²⁶. O que essencialmente define uma norma jurídica é a incidência, é a possibilidade de marcar, com a nota

26 Cf. VILANOVA, Lourival. "Podemos conceber a integridade de um sistema de normas de Direito seguindo dois caminhos. Pelo primeiro, o sistema está completo, porque nem tudo entrou em sua órbita e nem tudo entra porque seletivamente o sistema reparou o jurídico do não-jurídico: o não-jurídico não é a porção complementar de um mesmo universo – assim como o anti-jurídico é complemento do jurídico, a ilicitude é complemento da licitude. O não-jurídico é o juridicamente inexistente, o que não interessou ao mundo das normas. Então, por essa via, o sistema está completo com a porção de fatos naturais e fatos de conduta que encontram meio nas hipóteses e nas teorias da estrutura da proposição deôntica". (*Estruturas* ... p. 155.)

do jurídico, um fato, conformando-lhe os efeitos de acordo com o que se reputou ser socialmente valioso. Assim, de modo conciso, aduz:

*"À lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico, e determinando-lhes os efeitos (eficácia dela)"*²⁷.

Não falta quem diga que Pontes de Miranda, não obstante tenha desenvolvido, com maestria, uma teoria do fato jurídico, não elaborou uma teoria da norma jurídica, como se acaso fosse possível cuidar com maestria de fatos sem se aprofundar em normas.

De acordo com esse modelo teórico, a norma se basta com o que prevê e prescreve, eficazmente, e com a incidência. Não faz sentido defini-la inserindo, em sua estrutura, a distinção entre lícito e ilícito. Tal divisão, segundo o sistema de Pontes, é absolutamente estranha à norma de direito. A norma jurídica, em si mesma considerada, nem mesmo conhece a distinção entre lícitos e ilícitos. Pode-se muito bem conceituá-la sem a essa distinção aludir.

O ilícito é fato jurídico, resultado da incidência de algumas normas, não todas. A norma jurídica, se a despojarmos do supérfluo e ficarmos com o essencial, é a previsão de um fato, ou de fatos, e a incidência sobre eles, ao seu acontecer. Para defini-la, não há buscar a divisão de fatos jurídicos, em lícitos e ilícitos. Isso, a rigor, é posterior a ela, e concerne ao plano dos

27 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsari, 1954. T. I, p. 6.

fatos juridicizados, ao plano dos fatos jurídicos, e o que a norma faz é exatamente servir de ponte, através da incidência, entre esses dois mundos, o fático e o jurídico.

3. 4. A questão da juridicidade: o ilícito é jurídico?

Existe, no que se refere ao ilícito, três vertentes básicas, que grosseiramente definidas podem ser classificadas nos seguintes termos:

- a) uma reputa inadmissível que um fato antijurídico, que vai de encontro ao ordenamento, possa ser considerado jurídico. É a posição de Caio Mário da Silva Pereira, Vicente Ráo, dentre outros.
- b) outra entende que somente por intermédio do ilícito é que se torna possível uma conduta penetrar no mundo do direito. Vê-se que se deslocou radicalmente a questão para o pólo oposto. É a posição de Kelsen.
- c) uma terceira postura entende que apenas tornando um fato jurídico, seja como lícito ou ilícito, e a ele relacionando efeitos, de acordo com os valores que o sistema recolhe como dado social, é que se pode disciplinar, juridicamente, o fato. É a posição de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello.

Não há, destarte, unidade de vistas a respeito da posição da ilicitude, se dentro ou fora do mundo do direito, nem sobre qual sua "taréfa", se de agente determinante da juridicização de fatos, ou se apenas de fato jurídico, ou seja, resultado de incidências anteriores.

Feita essa breve redução simplificadora, para melhor visualização do problema, passemos a estudar mais analiticamente o tema, e as posições que ao longo dos debates se consolidaram.

a) a doutrina clássica

Para a chamada doutrina clássica, que até hoje possui notável força, sendo representada notadamente pelos civilistas tradicionais, embora não somente por eles, representa contradição invencível atribuir o caráter de jurídico a fatos que, sobre não serem queridos, não geram direitos para quem os praticou.

Tal modo de enxergar a questão está muito bem expressa no raciocínio de Vicente Ráo:

*"só de modo impróprio pode, portanto, o delito (civil ou criminal) ser qualificado como ato jurídico, porque não consiste em ato de exercício da autonomia privada, dispositiva e preceptiva da vontade, destinado a criar, praticar, alterar, ou extinguir direitos, de conformidade com o ordenamento jurídico"*²⁸.

Assim, somente seriam jurídicos aqueles atos nos quais a vontade interviesse, conformando os resultados queridos. Talvez essa posição encontre explicação e amparo na definição de ato jurídico do Código Civil que, descurando da clássica recomendação no sentido de evitar definições em lei, definiu ato jurídico, e o fez mal, pois o definiu como o ato

²⁸ RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 30.

jurídico ilícito²⁹.

Tal modo de enxergar a ilicitude foi diagnosticado, com lucidez, por Arnaldo Vasconcelos:

*"À doutrina clássica repudiava incluir o ilícito no âmbito jurídico, como coisas que se expeliam e se negavam. O ilícito (jurídico, Direito) e o ilícito (injurídico, antidireito) eram notas que não convinham ao mesmo ser, porquanto lógica e ontologicamente uma excluiu a outra. Essa impossibilidade de convivência impedia a caracterização da própria natureza do Direito"*³⁰.

Essa postura teórica trata, destarte, o ilícito como entidade à parte, sem idoneidade para entrar no mundo jurídico. Raciocina-se do seguinte modo: sendo ato jurídico aquilo que a vontade faz jurídico, o dever que nasce à revelia da vontade não pode, em absoluto, ser jurídico. Para além do voluntarismo que tal concepção encerra, de há muito afastado dos estudos mais perspicazes, tal modo de pensar confunde *antijuridicidade*, que é a negação da possibilidade de juridicidade, com *contrariedade a direito*, que é o juízo de desvalor que o ordenamento faz a respeito de um fato, o que o torna ilícito, se a incidência vier a acontecer.

b) a doutrina Kelseniana

Houve, contudo, movimento pendular, com o advento da doutrina kelseniana. Kelsen não só incluía o

²⁹ Art. 81. "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

³⁰ Teoria... p. 35.

ilícito no mundo do direito, como condicionava toda juridicidade a ele. Para bem compreender o que propunha o jurista, nesse particular, cumpre recordar a formulação, em linhas mestras, de sua doutrina.

Opondo-se ao imperativismo de Karl Binding, a norma em Kelsen assume as vestes de um juízo hipotético, que pode ser assim traduzido: dada a não-prestação, deve ser a sanção; dado o fato temporal, deve ser a prestação. Essa formulação, como vimos antes³¹, comporta ainda o desdobramento em duas normas: a primária, sancionadora, e portanto jurídica por excelência; e a secundária, condicionada e dependente e, porque admite a realização voluntária, não tem interesse para o direito, fenômeno necessariamente sancionatório.

Nessa visão, somente seria jurídico o que transpusesse o filtro estreito da norma sancionadora. Segundo tal doutrina, o único modo de uma conduta tornar-se jurídica é por intermédio da sanção, daí a importância extrema que se dá ao ilícito. Esse passa a ser parte do mundo jurídico, mas de forma estranha e deformada.

Percebe-se que Kelsen, ao contraditar a teoria clássica, foi longe demais. Sobre afastar a licitude do mundo jurídico, tornou o ilícito, através da sanção, o único componente do mundo jurídico, afastando, de maneira excludente, os demais fatos jurídicos:

"E, então – aduz Kelsen – mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do direito, e é

³¹ p. 6, infra.

por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele”³².

Assim, na teoria pura, o “ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito”³³.

c) a doutrina Pontea

Pontes de Miranda, embora não fosse o seu propósito, engendrou a síntese. Nem lá nem cá. Dizemos que não era seu propósito porque sua posição, a respeito dos ilícitos, decorre de todo seu sistema de ciência, complexo e solidamente formulado, amparado na incidência e na criação de fatos jurídicos.

Para Pontes, para que possa nascer um fato jurídico, basta que haja incidência de uma norma jurídica sobre seu suporte fático suficiente. Incidência juridicizante. Se lícito ou ilícito o fato jurídico que nascerá dessa incidência, não importa, no que se refere à atribuição de juridicidade. O que pauta a entrada no mundo jurídico é a relevância social do fato ou da conduta, que passa a compor suportes fáticos de regras jurídicas. Assim, aduz:

“Com a incidência da regra jurídica, o suporte fático, colorido por ela (=juridicizado), entra no mundo jurídico. A técnica do direito tem como um dos seus expedientes fundamentais, e o

32 Teoria... p. 169/170.
33 idem, p. 170.

primeiro de todos, esse, que é o de distinguir, no mundo dos fatos, os fatos que não interessam ao direito e os fatos jurídicos, que formam o mundo jurídico; donde dizer-se que, com a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático, esse entra no mundo jurídico”³⁴.

Para Pontes de Miranda o mundo jurídico é composto de fatos jurídicos. E para ser fato jurídico basta que os fatos previstos no suporte fático, isto é, no antecedente ou descritor de uma norma jurídica, aconteçam, o que provoca, necessária e infalivelmente, a incidência:

“Se a regra jurídica diz que o suporte fático é suficiente, a regra jurídica dá-lhe entrada no mundo jurídico: o suporte fático juridiciza-se”³⁵.

Pontes jamais distinguiu fatos, como jurídicos ou não jurídicos, tomando por base seu conteúdo, mas apenas a evidência de, porque socialmente importantes, terem sido convocados para a disciplina jurídica. A técnica jurídica se traduz pela vinculação, aos fatos, de efeitos, mais ou menos gravosos, em consonância com a finalidade do regramento jurídico:

“Os atos ilícitos, penais ou civis, são tratados como reprovados e regulados pelas regras jurídicas as suas conseqüências. As conseqüências dos atos ilícitos são criações das regras jurídicas, para os reprovarem”³⁶.

34 Tratado do Direito Privado, t. I, p. 74/5.

35 idem, op.cit., t. I, p. 28. V. MELLO, op.cit., p. 70.

36 MIRANDA, op.cit., t. I, p. 88/9.

4. CONCLUSÕES: DOIS PARADIGMAS DE ANÁLISE

Ao tratar da ilicitude, tendo como pano de fundo a vasta e rica teoria geral do direito, e escolhendo dois autores paradigmáticos, buscamos, antes de tudo, chamar a atenção para tal assunto – os ilícitos – cuja notável importância teórica e prática ainda não foi de todo percebida pelos doutrinadores, não faltando menções de desprezo e menoscabo por tão fundamental categoria de fatos jurídicos.

Embora tenhamos nos mantido, o máximo possível, dentro dos limites narrativos, descrevendo e demarcando as posições doutrinárias, é chegado o momento de, a partir do que ficou dito, concluir firmando, a respeito de cada ponto discutido, nossa posição, com clareza e concisão.

O ilícito é um conceito fundamental. Conceito fundamental é aquele sem o qual não há condição de possibilidade de um sistema jurídico. Sem ilícitos não se constrói um ordenamento jurídico com conceitos, categorias e institutos corretamente postos e harmonicamente definidos. Não existe, tampouco, ramo jurídico que possa prescindir dos ilícitos.

Não nos parece possível tratar qualquer problema jurídico se não se parte da teoria *geral* do direito, que é a ciência do direito pensada em bases genéricas e amplas. Destarte, porque é uma teoria geral, uma conclusão aí obtida pode ser translada a qualquer campo jurídico, justamente por ser geral. Devido à sua posição do cume da ciência dogmática do direito, suas descobertas sobre os

ilícitos são de aproveitamento compulsório em toda a seara jurídica, porque toda ela se sobpõe à teoria geral do direito.

A questão da estrutura lógica da norma jurídica é dos temas mais complexos e polêmicos da ciência do direito, e não comporta maiores digressões nos termos deste artigo. Fiquemos, portanto, nos aspectos que mais de perto dizem do nosso tema. A concepção kelseniana, da norma como um “*juízo hipotético*”, da norma como expressão do dever ser não nos parece, com todas as vênias, acertada, porque o que a norma cria, ao incidir, forjando relações jurídicas com conteúdos os mais diversificados, é um ser, distinto, é claro, do ser natural, mas um ser essencialmente jurídico³⁷.

Tanto Kelsen como Cossio, ao conceituarem, respectivamente, a norma jurídica como um “*juízo hipotético*”, e um “*juízo disjuntivo*”, incluem o ilícito, a chamada “*não-prestação*” como componente necessário da estrutura da norma de direito, e com isso distorcem, a nosso ver, os termos da discussão.

É que se pode – se deve, melhor diríamos – conceituar a norma jurídica com abstração da divisão entre lícito e ilícito. Tal bipartição, conquanto extremamente relevante³⁸, não tem lugar quando da definição do que seja norma jurídica.

37 Estamos cientes do caráter polêmico da afirmação, e da impossibilidade de desenvolvê-la aqui. De toda sorte, Pontes de Miranda parecia não aceitar a cisão entre ser e o dever-ser, no que se refere ao direito: “O direito é ser, no sentido da ciência, e não apenas ideal. Aliás, o próprio ideal é ser, se estudado pela ciência” *Sistema de Ciência Positiva do Direito* Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922, t. I, p. 179).

38 É, no dizer de Von Tuhr, a primeira classificação a ser feita no direito privado *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Trad. Tito Rava. Buenos Ayres: Depalma, 1946, t. II, 1º, p. 118.

Segundo nossa concepção, forte em Pontes de Miranda, o que categoriza a norma jurídica é a incidência, isto é, a possibilidade que somente ela tem de, caindo sobre certos fatos antes previstos, marcá-los, com a cor da juridicidade. Para tanto, basta que tenhamos uma norma, integrante de um ordenamento jurídico³⁹, com vigência⁴⁰, e que aqueles fatos por ela previstos aconteçam, provocando a incidência e desencadeando os efeitos previstos no conseqüente (ou tese) normativo.

Assim, e por conseguinte, não há espaço para, conceituando norma jurídica, falar em lícito ou ilícito. Mesmo porque, estruturalmente falando, é impossível estabelecer linha divisória entre o lícito e o ilícito, porque ambos ostentam a mesma configuração. Existem, destarte, diferenças semânticas, jamais sintáticas. A contrariedade a direito é apenas a valoração – já pertinente ao conteúdo da norma, portanto – com conteúdo axiológico negativo.

O suporte fático do ilícito é um; do lícito é outro. Não é a mesma norma que, esmiuçada, prevê ambos. Isso não nos parece verdade, nem prática, nem teoricamente. Nem nos parece pertinente erigir sistema científico tendo por base tal concepção integrada da norma jurídica. Essa, dissecada, não oferece mais do que a previsão, abstrata, de um fato, e a promessa, infal-

vel, de incidir sobre ele, apenas aconteça.

Cavar, na estrutura normativa, a separação entre licitude e ilicitude, dividindo a norma de direito em duas partes é forçar os fatos às teorias, sob as vestes de um pretense rigor lógico.

Portanto, segundo cremos, cada norma prevê fatos, que podem já ser fatos jurídicos⁴¹. Se o fato é conforme, ou é contrário a direito, de acordo com a valoração que se objetivou na norma, isso não tem nenhuma importância para o mecanismo de incidência ou para a estrutura lógica das normas. O fim do direito é alcançado, fundamentalmente, pela juridicização de fatos e qual a política jurídica a respeito deles é questão que não toca à ciência dogmática do direito responder.

Aliás, o fenômeno jurídico, no que se refere aos seus *conceitos fundamentais*⁴², é formado por estruturas idênticas. Assim, todo ordenamento, pelo menos no mundo ocidental, exhibe, ainda que sob outras denominações semânticas, os mesmos elementos, como a norma, incidência, fato jurídico, relação jurídica e as demais categorias de eficácia.

Por isso é que Lourival Vilanova diz que o direito possui homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica. As estruturas são iguais. Os conteúdos, não. Isso é, de certa forma, truísmo, porém de necessária consignação, uma vez que, no que concerne aos ilícitos, há uma lamentável difusão de falsos conceitos, o que justifica a repetição de conceitos de certa forma básicos.

Não há, dessa forma, distinção estrutural entre lí-

39 A doutrina atual é peremptória no sentido de que só existe norma jurídica dentro de um ordenamento jurídico. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1994. p. 15/8.

40 O que para Pontes é existência para Kelsen é validade: "Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundaria no mesmo – pressupomos que ela possui 'força de obrigatoriedade' para aqueles cuja conduta regula" (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 36).

41 Cf. MELLO, op.cit., p. 38/9.

42 V. nota 1.

cito e ilícito. Ambos são fatos jurídicos⁴³, provindos da incidência de uma norma sobre seu suporte fático suficiente. Parece-nos impertinente, pois, as distinções "topológicas", que afirmam, a priori, que uns estão e outros não, em determinado ponto, que no caso é o mundo jurídico.

43 MEIRA, José de Castro. O ilícito Civil e o ilícito Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 70, p. 159-174, abr/jun. 1981.

O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA

Francisco Demétrius P. de Oliveira
Aluno do 7º período da graduação em Direito da UFPE

"Después de todo, como la ciencia de la ciencia del Derecho está en grandísima parte todavía por hacer, la consciencia de su necesidad es bastante difusa y ha tomado forma..." (CARNELUTTI, Francesco. Metodología del Derecho. Trad. Angel Osorio. México: Uteba, 1940, p. 17-18).

SUMÁRIO

1 - NOTAS INTRODUTÓRIAS: A PROBLEMÁTICA DA CIENTIFICIDADE DO DIREITO E SUA IMPORTÂNCIA. 2 - CONCEITOS FUNDAMENTAIS: GNOSEOLOGIA, EPISTEMOLOGIA JURÍDICA, CONHECIMENTO E CIÊNCIA. 2.1 - O conhecimento e suas espécies. 2.2 - A busca por uma classificação das ciências e, em particular, da Ciência do Direito. 3 - O CÉTICISMO QUANTO A UMA CIÊNCIA JURÍDICA. 4 - LINHAS FINAIS. 5 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS: A PROBLEMÁTICA DA CIENTIFICIDADE DO DIREITO E SUA IMPORTÂNCIA

Um dos principais problemas com que se defrontam os estudiosos do direito refere-se à possibilidade científica de seu objeto. A indagação acerca da cientificidade do direito é nova, peculiar à modernidade. De fato, tal preocupação só passou a existir recentemente, com o fenômeno que se pode denominar *autoridade científica*, cujo prestígio é talvez a marca principal de nossos tempos.¹ Ante-

1. Cf. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.2.

riormente, inquietação de tal ordem era despicienda. Os romanos, por exemplo, consideravam o direito um saber eminentemente prático, constituindo o que eles denominavam *praxis jurídica*. Todavia, o direito, como objeto que compõe a realidade, não poderia passar ao largo daquele acontecimento. Era necessário, pois, também se modernizar. Para isso, seus estudiosos lançaram-se na construção de um modelo da ciência do direito. Apesar dos esforços, os quais resultaram em teorias epistemológicas várias, nenhuma dessas mostrou-se como modelo definitivo de uma ciência do direito. Por outro lado, em sentido oposto, há aqueles que negam qualquer possibilidade de um conhecimento jurídico-científico, preferindo considerá-lo um saber técnico-prático. Ante isto, permanece em aberto tão complexa questão, cujo dissenso entre os estudiosos é patente.

O presente trabalho, enfocando essa temática, tem por desiderato investigar as vicissitudes que lhe permeiam a existência, contribuindo, com isso, para a compreensão do fenômeno jurídico em seu viés epistemológico. Objetiva-se, mediatamente, aguçar a discussão dessa problemática, que tão grande tormento tem trazido aos estudiosos do direito. Porventura tal pretensão seja atingida, nossos esforços restarão recompensados.

Importa ressaltar que o tema ora abordado não tem relevância apenas do ponto de vista puramente teórico, mas também pragmático. Apesar de deitar raízes no campo filosófico, encontra ramificações na realidade jurídico-política, com relação ao problema da legitimidade. Esse consiste em que o poder, para ser exercido com um mínimo de resistência social, lança mão de teorias justi-

ficadoras da necessidade de se submeter a uma autoridade constituída. Realmente, todo sistema político de fato traz em seu bojo um padrão teórico, doutrinário, composto de aspirações, crenças, valores e doutrinas propriamente ditas, destinado a explicar e compreender o fato e a necessidade de obedecer.²

A problemática da natureza do conhecimento jurídico está ligada diretamente à legitimidade do poder. Assim, por exemplo, constata-se a utilização do discurso como suporte do *status quo*, nas teorias contratualistas do jusnaturalismo moderno, do século XVII, as quais tinham por concepção essencial a idéia do pacto social originador do Estado e das leis. Neste século, tem-se como o modelo mais acabado de discurso científico, a legitimar o direito positivo a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

Verificam-se, aqui, os critérios de verdade/falsidade (*discurso científico*), eminentemente científicos, exercendo um papel de fundamentação para os elementos validade/invalidade normativos (*discurso normativo*). Dessa forma, cumpre a ciência uma função de dominação social, ou seja, quanto mais verdadeira parecer ser a teoria justificadora do poder efetivamente exercido – e a ciência é o saber verdadeiro por excelência –, menos resistência vai haver por parte dos governados, porque a necessidade de obedecer vai estar melhor explicada. Isso possibilitará um cumprimento mais espontâneo das normas jurídicas, sem maiores resistências sociais. Já percebera essa utilidade do saber científico Francis Bacon, pela primeira vez, há qua-

2. Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Forense Universitária, 1989, p.2.

tro séculos atrás, quando afirmava que o "conhecimento é poder, não apenas um simples argumento ou ornamento; não é uma opinião a ser adotada...mas sim um trabalho a ser feito; e eu (...) estou trabalhando para lançar as fundações não de qualquer seita ou doutrina, mas da utilidade e do poder".³

Pois bem, escolhido o problema da cientificidade do direito como tema e demonstrada a sua importância não só no campo teórico, mas também na realidade fática, cumpre agora seja traçada a metodologia utilizada. Em primeiro lugar, visando a uma melhor compreensão do tema, serão definidos conceitos essenciais para o presente estudo. A seguir, proceder-se-á à análise do conhecimento e seus graus, intentando-se caracterizar seus elementos constituintes, com particular atenção ao saber científico. Posteriormente, à luz da classificação científica com base na natureza do objeto estudado, serão abordadas algumas das várias possibilidades da ciência do direito, já tentadas pelos estudiosos. Depois, será analisado o ceticismo jurídico-científico, em três momentos: a negação tradicional de uma ciência jurídica, cujo maior expoente foi Von Kirchmann, os modelos marxistas e as correntes ceticistas mais modernas, que têm na Filosofia Analítica a mais poderosa crítica à construção tradicional de uma ciência do direito. Por fim, procuraremos, à guisa de conclusão, numa análise crítica, externar nosso posicionamento, fixando os principais pontos abordados.

3 BACON, Francis. *Magna Instauratio*, prefácio. Apud DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Coleção Os Pensadores, p. 129.

2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS: GNOSEOLOGIA, EPISTEMOLOGIA JURÍDICA, CONHECIMENTO E CIÊNCIA

Tradicionalmente, a filosofia do direito é dividida em três grandes subsistemas: a ontologia jurídica, a axiologia jurídica e a gnoseologia jurídica. Ocupar-nos-emos apenas desse último ramo, tendo em vista que o problema da cientificidade do direito é objeto de seu estudo.

Há, porém, na linguagem filosófica, controvérsia e certa imprecisão quanto ao sentido do vocábulo. Os ingleses, por sua vez, utilizam *epistemology*, freqüentemente para designar toda a "teoria do conhecimento" ou "gnoseologia". Da mesma forma, os italianos, de um modo geral, não costumam distinguir epistemologia e teoria do conhecimento.⁴ Em sentido amplo, portanto, a epistemologia é considerada como sinônimo de gnoseologia (ou gnosiologia).

Rigorosamente, entretanto, a epistemologia não se confunde com a gnoseologia. Isso porque, etimologicamente, a palavra EPISTEMOLOGIA advém do grego, formada pela junção dos afixos EPISTEMĒ (ciência) e LOGOS (estudo, tratado, crítica), significando o estudo, a crítica da ciência, sendo comumente denominada de filosofia da ciência, metodologia, ciência da ciência ou lógica da ciência⁵; por seu lado, o termo GNOSEOLOGIA, também derivado do idioma helênico, é forma-

4 Cf. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 29-30.

5 Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia del Diritto*. Trad. Angel Ossorio. México: Uteha, 1940, p. 17.

do pela reunião do prefixo GNOSIS (conhecimento) e do sufixo LOGOS, significando a teoria ou filosofia do conhecimento.

Nesse correr, pode-se afirmar, então, que a epistemologia constitui espécie do gênero gnoseologia, pois só existirá uma teoria do conhecimento científico caso haja uma teoria do conhecimento anterior. Por conseguinte, a epistemologia pressupõe a gnoseologia.

De fato, a teoria do conhecimento se debruçará sobre a origem, a natureza, o alcance, os limites e o valor da faculdade humana de conhecimento e os critérios que condicionam sua validade, enquanto a epistemologia, partindo do conhecimento como um dado, tem por objeto de estudo um tipo especial de saber que se pretende correto, racional, sistematizável, transmissível etc.⁶ Epistemologia jurídica, conseqüentemente, será a teoria da ciência do direito. O estudo das características relativas ao objeto e ao método do direito, sua posição no quadro das ciências, suas relações com as ciências afins e o problema da cientificidade do saber jurídico, questão central daquela parte da Filosofia do direito, constituem, entre outras, problemas a serem estudados por esse saber. A gnoseologia jurídica, por seu turno, é entendida como a teoria do conhecimento jurídico, consubstanciando-se no modo pelo qual se obtém esse conhecimento, bem como a relação do sujeito cognoscente com o direito e vice-versa.

6. Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit. p. 2.

2.1. O conhecimento e suas espécies.

Outro conceito importante para o estudo trazido à luz é o de conhecimento. Esse seria o ato ou efeito de conhecer, o produto da relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. O que resulta em adição, soma ao universo intelectual daquele que conhece. O saber não é faculdade exclusiva do homem, como de forma equivocada se poderia pensar, pois os animais irracionais também são passíveis dessa capacidade. É o que se denomina conhecer através dos sentidos. Um exemplo simples seria o de um cão que, ao chamado de seu dono, por já conhecer aquela voz, para esse correria. O mesmo ocorre com uma pessoa que não tocaria em um objeto quente, por já se haver queimado anteriormente. Do prisma lógico, tal conhecer é denominado saber vulgar, cujas características são a incerteza sobre o objeto conhecido, ainda que, às vezes, o saber seja verdadeiro; a superficialidade na análise daquele; a desordem de idéias, bem como a predominância do empirismo na sua construção. Adquirido, principalmente, através dos instrumentos sensoriais do homem, tal saber mostra-se acessível, de uma forma geral, a todas as pessoas. Decorre seu acúmulo de experiências de vida, apresentando-se diretamente proporcional ao tempo vivido.

Entretanto, o conhecimento que interessa à presente apreciação é aquele inerente ao homem e que é captado não através dos sentidos, mas de seu intelecto, motivo pelo qual é designado racional. Uma primeira característica desse saber tem relação com a idéia de certeza, ainda que relativa. Isso ocorre porque o saber

científico não alcança uma verdade absoluta, considerando-se seu processo ontologicamente dialético (teorias → prova → lei → refutação → nova teoria). Disso resulta sua falibilidade, em virtude de não ser definitivo ou final, já que novas proposições e seu constante desenvolvimento levam a novas verdades. Inobstante, constitui a espécie de saber que alcança maior aproximação da certeza. A necessidade de explicação e fundamentação, através de comprovações, é também outro caráter desse pensar, a ponto de as conjecturas que não podem ser comprovadas serem descartadas do âmbito científico, constituindo, apenas, matéria opinável. Acerca dessa particularidade, interessante é a observação feita por Pierre Duhem para quem *"uma teoria física não seria uma explicação, mas sim um sistema de proposições matemáticas, deduzidas de um pequeno número de princípios que têm como objetivo representar, tão simplesmente, tão completamente e tão exatamente quanto possível, um conjunto de leis experimentais"*. Demonstrar a verdade, constante de leis científicas, porém nunca explicá-la é, em suma, o papel que cabe à teoria. Em outras palavras, compete à teoria sugerir a certeza ao homem, representando-a, sem, contudo, explicá-la. Outro elemento individualizador desse saber encontra-se na sua sistematização, responsável pela harmonia entre as partes componentes do conhecimento científico, as quais constituem, graças a tal simetria, um todo unitário. Nota-se, no sistema, a presença de uma ordem lógica, diferenciando-se do conjunto, cujos elementos estão dispersos e desconexos. O último ponto distinti-

7 POPPER, Karl. A demarcação entre ciência e metafísica. CARRILHO, Manuel Maris (Org.). *Epistemologia: Perspectivas e Críticas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 48.

vo de tal conhecer refere-se à limitação a determinado setor da realidade, conseqüência direta da capacidade limitada da mente humana, que exige, por isso, a fragmentação do real para possibilitar o alcance de um de seus segmentos. A pluralidade das ciências consiste, diretamente, no resultado da finitude intelectual do homem. Porém, é importante observar que tais compartimentos científicos são artificiais, criados, apenas, por uma necessidade humana e para efeitos didáticos, porque a realidade, em si, é una. As ciências não se ocupam de mundos diferentes, mas de diversos aspectos de um mesmo mundo.⁸

Na verdade, o conhecimento vulgar, também nomeado popular ou senso comum, não se distingue do conhecimento científico nem pela veracidade nem pela natureza do objeto conhecido, posto que ambos sempre almejam à certeza e podem recair sobre o mesmo objeto. O que os diferencia, em essência, é a forma, o método e os instrumentos do ato gnoseológico de cada um.

Por derradeiro, completando a cadeia do saber humano, distingue-se o conhecimento filosófico, que possui como especificidade a autonomia, consistente na desnecessidade de se recorrer a outras esferas do saber e nisso difere do conhecimento científico. É que, enquanto a ciência reclama conceitos oriundos de ramos diferentes do saber, notadamente o filosófico, a metafísica necessita apenas de si mesma e vai além, auxiliando outros saberes, como acontece na construção de muitos conceitos da ciência do direito, como por exemplo, o de justiça, de pessoa, de fato. Para mais, contrariamente à

8 Cf. CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. p. 28.

ciência, a qual circunscreve, delimita, fragmenta e analisa o que se constitui o seu objeto de pesquisa, atingindo segmentos da realidade, a Filosofia tende ao que é mais geral, interessando-se pela formulação de uma concepção unificada do universo.⁹

A esta altura, a bagagem teórica já está completa para apresentarmos, com segurança, um conceito de ciência. A ciência corresponde, assim, a um sistema de conhecimentos certos, ainda que relativos, metodicamente obtidos, sujeitos necessariamente à comprovação e que se debruça sobre determinado objeto, visando sempre à descoberta da verdade.

2.2. A busca por uma classificação das ciências e, em particular, da Ciência do Direito.

Conforme visto, ciente de suas limitações intelectuais perante a vastidão do universo e dos fenômenos distintos que nele ocorrem, o sujeito cognoscente necessitou racionalizar o ato de conhecer essas realidades, compartimentando-as em distintas ciências. Tal divisão, ademais, apresentava certas vantagens, como, por exemplo, uma observação mais eficiente do objeto estudado.

Houve, então, por motivos de ordem lógica, a necessidade de se classificar as disciplinas construídas. No decorrer da história, várias foram as taxonomias feitas, de acordo com os mais diferentes critérios.

Neste tópico, será abordado o problema da classifi-

9 LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 17.

cação das ciências, procurando-se demonstrar as dificuldades que permeiam a temática em comento, bem como o dilema que se afigura na tentativa de se enquadrar a Ciência do Direito dentro de uma determinada taxonomia.

Para tanto, partiremos de uma discussão maior, a qual diz respeito ao problema da bipartição das ciências em dois grandes ramos, as ciências naturais e as ciências humanas. Para tal análise, foi escolhida a classificação com base na natureza do objeto estudado, construída de acordo com o quadro das ontologias regionais, desenvolvida por Carlos Cossio, a partir da fenomenologia de Edmund Husserl. Conquanto haja críticas a esta teoria,¹⁰ a opção por tal vertente teórica justifica-se por ser o método mais adequado, em função da abordagem gnoseológica adotada neste trabalho e da imprescindibilidade à distinção entre ciências físicas e sociais.

Segundo essa taxonomia, as ciências são classificadas em três espécies, de acordo com a natureza dos objetos por elas observados, a saber: ciências naturais, sociais, ideais. Alguns autores acrescentam, ainda, os objetos metafísicos, porém, entendemos que inexistem ciências metafísicas. A Filosofia não constitui ciência, mas outra espécie de saber.

Por ciências naturais (*Naturwissenschaften*) ou físicas, entende-se aquelas disciplinas que têm por objeto o estudo dos fenômenos ocorridos na natureza, para descobrir suas causas íntimas, insculpidas em suas leis

10 Cf. MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39.

efetivas, as quais se traduzem por relações invariáveis de sucessão e similitude. Tais objetos seriam dados concretos que se apresentam ao homem através dos sentidos e que, por assim serem, não sofreram sua ação transformadora. Como exemplo dos objetos naturais, tem-se, entre outros, os fenômenos físicos, químicos, astronômicos, biológicos e os sociológicos. O próprio homem seria, aqui, estudado enquanto animal componente da realidade, marcadamente, em seus aspectos fisiológicos.

Em que pese a constatação de que o método experimental ou indutivo, próprio desse gênero científico, já seja praticado, de um certo modo, por Aristóteles, a partir de suas observações acerca das espécies, catalogando-as, considera-se dizer que o método experimental, de forma sistemática, só veio a ser constituído no século XVI, com os estudos de Galileu, reputado o primeiro teórico desse constructo metodológico.¹¹

O ápice da concepção físico-científica é encontrado em Auguste Comte, cujo entendimento era de que a ciência deveria buscar as leis invariáveis dos fenômenos, tendo em suas descobertas e redução ao menor número possível seus objetivos últimos.¹²

O único caminho apto a conduzir à verdade passaria, segundo esses autores, pela indução.

As principais etapas do plano sistemático indutivo de investigação poderiam assim ser enumeradas: 1.) Observação de determinados fenômenos idênticos e

análise desses, com o fito de descobrir as causas de suas manifestações; 2.) comparação entre os objetos investigados, em suas essencialidades, para os aproximar, a fim de se descobrir a relação constante existente entre eles; 3.) o estabelecimento de proposições de caráter geral, levando-se em conta os aspectos quantitativos, a partir dos resultados obtidos na fase anterior, que serviriam para determinar as relações constantes no universo. "*Ver para prever*" seria o lema da ciência positiva.¹³ Entretanto, o cientista não parte, de forma aleatória, da observação pura e simples. Antes disso, ele se arma de hipóteses, que funcionam como seu ponto de partida. Pertinentes ao momento são as lúcidas observações de Souto Maior Borges que, partindo da crítica popperiana, assim preleciona: "*Toda observação é observação à luz de teorias. Noutras palavras, nós não podemos observar 'sic et simpliciter' um fenômeno qualquer. Toda ciência seja ela qual for, parte de hipóteses, teorias, conjecturas; propostas de explicação na direção do seu objeto de conhecimento*".¹⁴

Em face disso, a construção hipotética antecede a fase observacional. Nesse sentido, são quatro as etapas da indução, e não três, conforme assevera, de modo veemente, o método indutivo.

A neutralidade valorativa é outra característica importante dessa categoria científica. O pesquisador, frente ao objeto estudado, não deveria incorrer em juízos de valor. Adotaria antes uma postura fria, despida da

11 Cf. LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. *Op. cit.* p. 41.

12 COMTE, Auguste. *Auguste Comte*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 27. Coleção Os Pensadores.

13 COMTE, Auguste. *Op. cit.* p. 10.

14 BORGES, José Souto Maior. *Obrigações Tributárias*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 22-23.

necessidade de se buscar algum sentido moral no fenômeno observado. Explica-se tal mecanismo em virtude da objetividade que o saber científico reivindica, para apreender seu objeto tal como efetivamente ocorre, sem interferência alguma do sujeito cognoscente. Nesse diapasão, desapareceria a figura do cientista, para dar lugar, apenas e tão-só, ao objeto investigado.

A ciência natural apresenta-se, pois, a essa época, como alternativa a um conhecimento com pretensões científicas. Logo, o primeiro modelo proposto de uma ciência do direito teve como base o arcabouço teórico das ciências físicas, calcado na premissa da necessidade de um saber objetivo da realidade, presente nos fatos sociais, através da razão indutiva. Era, portanto, nessa perspectiva, o direito considerado parte de uma Teoria Geral da Sociedade ou Física social, como pensava Comte.

A corrente mais expressiva do gênero naturalista no direito é retratada pelo positivismo sociológico ou sociologismo eclético, a qual teve nas pessoas de Léon Duguit e Georges Davy, conforme observa Miguel Reale, as figuras responsáveis pela transposição do método empírico-indutivo para o direito.¹⁵ Consoante tal doutrina, a ciência positiva do direito constitui a sistematização dos conhecimentos positivos das relações sociais. Essa tendência encontrou em Pontes de Miranda seu principal representante no Brasil, cujo pensamento transcrito em poucas linhas, muito diz so-

bre tal concepção: "Não é com o sentimento, ou com o duro raciocínio, que deve trabalhar o legislador e o cientista do direito. O que se há mister é ater-se aos fatos, ao que é concreto, e raciocinar, objetivamente, a induzir, segundo rigoroso método científico".¹⁶

Dentre as críticas levantadas contra tal método científico, a principal, a ponto de rejeitá-lo, foi feita por Karl Popper. De acordo com esse filósofo, o experimentalismo esbarra em um "abismo gnoseológico" intransponível, consistindo tal abismo na passagem de casos particulares aos casos gerais. Do ponto de vista lógico, não é evidente que a observação de repetições possa conduzir a proposições de caráter universal, pois uma simples exceção conduziria à falsidade do enunciado: a observação de uma multitude de corvos pretos, por exemplo, não nos autoriza a afirmar que todos os corvos são pretos, já que podemos, um dia, descobrir um corvo branco.¹⁷

Por outro lado, as ciências ideais, formais ou matemáticas detêm sua investigação sobre os objetos ideais. Tais objetos são irrealis, no sentido de que não existem, no espaço ou no tempo. São exemplos desses as figuras geométricas, os números e os conceitos, entre outros. Essas figuras só são ideais, enquanto permanecem no nível do intelecto, posto que, ao serem representadas, perdem esse caráter, transformando-se em objetos culturais. Demais disso, não estão na experi-

15 REALE, Miguel. Fundamentos de direito – contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva. São Paulo, 1940, p. 58. Apud DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.93.

16 PONTES DE MIRANDA. *Introdução à política científica e os fundamentos da ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro, 1924, p. 19, 20 e 220. Apud DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 97. 16 Cf. POPPER, Karl. *Op. cit.* p.238.

17 Cf. POPPER, Karl. *Op. cit.* p.238.

ência, ao nível dos sentidos. Com isso, o caminho para se chegar até eles passa, inexoravelmente, pelo ato gnoseológico da inteligência, empregando-se o método racional-dedutivo. Uma terceira característica é que, à semelhança dos objetos naturais, são destituídos de valor.

À semelhança dos objetos naturais, não se depreende valor algum dos fenômenos abstratos, em outros termos, os objetos ideais ressentem-se de predicados valorativos do tipo belo, mal ou injusto.

Ademais, são entidades abstratas, existindo apenas no plano intelectual do homem e, ainda assim, no plano conceitual, e não fisiológico. A consequência disso é que as ciências formais possuem em sua estrutura apenas termos teóricos puros, localizados no plano abstrato e sem correspondência com nenhum elemento da realidade. Assim, não apresentam base empírica, a qual constitui a instância capaz de corroborar ou refutar as afirmações da ciência em questão. O laboratório do cientista formal, por assim dizer, tem como limites suas próprias faculdades intelectuais.

O método dedutivo ou inferência lógica, peculiar a esse gênero científico, remonta à Antiguidade clássica, quando aí se observa, pela primeira vez, sua utilização por parte dos filósofos pré-socráticos, notadamente, por Pitágoras de Samos, tendo dominado, por mais de dois mil anos, o pensamento científico.¹⁸ Na esteira dessa diretriz metodológica, a razão humana,

utilizando-se da lógica abstrata, seria passível de descobrir certas verdades necessárias (axiomas), que funcionariam como premissas de um raciocínio verdadeiro. A dedução constituiria, assim, uma inferência que transita dos princípios para uma consequência logicamente necessária. A observação, aqui, pouco poderia contribuir para se descobrir a verdade. A estrutura do método dedutivo pode ser esquematizada do seguinte modo:

Se $x = y$ (premissa maior) e $y = z$ (premissa menor), então $x = z$ (conclusão).

Outro elemento importante para individualizar essa seara científica diz respeito à idéia de símbolo, que funcionaria como o veículo representativo de conceitos abstratos. Dessa forma, a matematização predomina como o paradigma por excelência de uma concepção formalista de ciência.

Como proposta de uma ciência do direito nos moldes lógico-formais, são mencionadas várias escolas jurídicas, entre elas, os glosadores, o jusnaturalismo racionalista, o exegetismo, a jurisprudência dos conceitos, os pandectistas, contudo tal posição possui como modelo mais representativo o positivismo normativista kelseniano.

Calha ressaltar, por oportuno, que não se pretende analisar cada uma dessas teorias, o que caberia a outros, mas não aqui, posto que isso não constitui o propósito desta investigação. Tomaremos, então, por referência, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, tendo em vista sua importância para a corrente jurídica formalista. Desse modo, é chamada ciência normati-

18 Cf. AFTALION, Enrique R. e VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, p. 65. 18 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 1-18.

va, porque estuda mandamentos jurídicos, e não a conduta real dos homens. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a Sociologia, senão uma ciência normativa. Kelsen percebeu que a ciência do direito não poderia se ocupar das condutas reais das pessoas – ou, pelo menos, não se dedicaria a estudar diretamente os comportamentos humanos – devendo tão-somente conhecer e descrever as normas postas, através de proposições ou enunciados normativos.¹⁹

Contudo, as ciências ideais foram, também, postas à prova pelo racionalismo crítico popperiano. Falsar as hipóteses, sujeitando-as à crítica permanente, resume o método proposto por Popper. É inaceitável, para esse filósofo, o conceito de verdades auto-evidentes. Para ele, não existiriam hipóteses verdadeiras, mas falsificáveis, por intermédio da crítica ininterrupta. Acaso tais teorias passassem incólumes pelas contestações feitas, seriam consideradas como conjecturas não-falseáveis, porém nunca verdadeiras. Sob essa perspectiva, os axiomas de *per se* restaram problematizados em sua pretensão de verdade absoluta.²⁰

Tornou-se patente, então, a insuficiência desse modelo, a ponto de colocá-lo em crise. Nenhum sistema axiomático consistente, por mais perfeito que seja, pode cobrir a matemática, ainda que se renuncie à auto-evidência.²¹ A idéia de uma norma fundamental pressu-

posta, existente apenas ao nível conceitual, e que serve como critério da validade para toda a ordem jurídica positiva é deveras semelhante aos axiomas auto-evidentes da concepção ideal de ciência, os quais também funcionariam como premissas para uma determinada inferência. Outro fator que corrobora a tese do caráter ideal do Normativismo Kelseniano tem relação com a própria natureza das normas jurídicas, eminentemente hipotéticas e simbólicas, a se ocuparem apenas de estruturas lógicas, olvidando-se dos fatos. Diante disso, permaneceu evidenciada a insuficiência dos prismas científicos analisados. É, precisamente, nesse contexto de crise dos modelos tradicionais, calcados em bases positivistas, que surgem, no início do século XX, as ciências sociais, humanas ou do espírito (*Geistwissenschaften*), advogando um método próprio para o estudo de seu objeto.

Essas, por seu turno, direcionam sua atenção aos objetos culturais, compostos por toda construção humana. Sob tal aspecto, representam, portanto, construções artificiais, visto que sofreram a ação transformadora humana, em contraposição aos objetos naturais, que se apresentam intactos a essa atuação. Em outros termos, o mundo da natureza consiste num dado, e o mundo da cultura, num construído.

Atributo singular, inerente a esses objetos, relaciona-se à idéia de valor, que representa predicados de sentido, através dos quais o homem chega ao conhecimento do mundo da cultura. Além disso, por se encontrarem ao alcance dos sentidos, tais objetos possuem substrato, à semelhança dos objetos naturais, estando,

19 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-18.

20 POPPER, Karl. *Op. cit.* passim.

21 QUINE, W. V. O. A epistemologia naturalizada. CARRILHO, Manuel Maria (Org.). *Epistemologias, posições e críticas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. P. 271.

portanto, na experiência. A realidade constitui outro elemento característico desses objetos, referindo-se à sua existência num determinado espaço, sob um tempo delimitado.

Cumprе ressaltar, sobretudo, a especificidade do material que as ciências sociais se propõem a estudar; a ação humana, insuscetível de explicação causal. Dela, para mais, distingue-se a intencionalidade dirigida à obtenção de uma meta. É, pois, teleológica.

A concepção metodológica mais moderna abandona o dualismo compreensão/explicação, ensejador das principais discussões entre positivistas e humanistas, para adotar um modelo mais atual, condizente com as descobertas científicas mais recentes, baseado no binômio compreensão/observação. A base empírica das ciências naturais, nesse caso, comporta objetos observáveis, em contraposição ao material de experiência das ciências humanas, passíveis, somente, de compreensão (*Verstehen*).²² Um exemplo simples, como na ação de se erguer a mão, demonstra a ineficácia da observação para se conhecer os objetos culturais. Ora, apesar de essa ação ser observável, isso nada acrescenta para o seu cabal entendimento. Levantar a mão pode indicar tanto uma saudação nazista, como um pedido de palavra numa assembléia, ou uma solicitação para um aluno perguntar algo ao professor, ou um voto de um membro em um parlamento. É preciso, portanto, compreender os diversos contextos em que ocorre aquela ação. Dessa maneira, apenas, será atin-

22 Cf. AFTALION, Enrique R. e VILANOVA, José. *Op. cit.* p. 144-145.

gido o seu real entendimento. A explicação (*Erklären*) limita-se ao mundo da natureza, do qual faz parte o homem, enquanto ser biológico. Porém, não poderia ir além, ou seja, seria insuscetível de alcançar o mundo da vida (*Lebenswelt*) ou sociocultural, formado, unicamente, pelo homem cultural. Para se chegar a tal plano, é imprescindível a compreensão.

A Economia, a História e a Sociologia, em sua construção mais moderna, representam exemplos de ciências culturais.

O Culturalismo Jurídico, em suas variantes objetiva e egológica, foi a corrente responsável pela propositura de um estatuto epistemológico do direito, com base na teoria dos objetos culturais. Optamos, aqui, pela exposição, em rápidas linhas, da Teoria egológica do direito, por representar a principal linha do paradigma jurídico-cultural.

Para Carlos Cossio, fundador da escola egológica existencial, a ciência jurídica teria por objeto a conduta humana, enfocada em sua dimensão social, e não a norma jurídica, como cogitava Kelsen. A prescrição jurídica atuaria, unicamente, como o instrumento por meio do qual é expressado o direito, produto da ação do homem. Sua estrutura tem a forma de um juízo disjuntivo do tipo: Dado A, deve ser C (endonorma) ou dado não C, deve ser S (perinorma), figurando as duas espécies normativas no mesmo plano hierárquico. O caminho hábil para se realizar tal estudo passaria pelo método empírico-dialético, que seria um *tertius genius*, misto dos métodos indutivos e dedutivos. Dessa feita, o jurista deveria caminhar dos sentidos às

idéias e vice-versa, para compreender o fenômeno jurídico em sua inteireza.

3. O CETICISMO QUANTO A UMA CIÊNCIA JURÍDICA

Demonstradas, no tópico antecedente, as possibilidades já desenhadas pela doutrina, de um estatuto epistemológico próprio para a ciência do direito, torna-se necessário, agora, prosseguindo de acordo com o plano de investigação traçado, verificar as teorias ceticistas de um saber científico-jurídico, encapadas, entre outras, pela crítica tradicional de Kirchmann, pelas concepções marxistas ortodoxas e pela Filosofia analítica.

A objeção clássica e que ainda hoje produz ecos foi feita por Von Kirchmann, célebre procurador do Rei da Prússia, em meados de século passado, em conferência pronunciada no ano de 1847, na sociedade jurídica de Berlim, sob o título "A jurisprudência não é ciência". O termo "jurisprudência", numa concepção já ultrapassada, era empregado como sinônimo de ciência do direito. O principal veto kirchmanniano a uma ciência jurídica residia na mutabilidade de seu objeto, no tempo e no espaço. As constantes mudanças por que passam as regras de direito impediriam sua apreensão pelo método científico. *A contrario sensu*, as ciências estudam apenas aquilo que é universal e geral, no sentido de fenômenos necessários, insuscetíveis de mudança. Os objetos naturais, por exemplo, seriam os mesmos, sempre e em todo lugar. Conseqüentemente, os juristas não conseguiriam, em seus estudos, acom-

panhar a velocidade com que o direito positivo é modificado. Assim sendo, quando a ciência jurídica chega ao conhecimento certo de um determinado fato jurídico, a lei que dele trata já teria mudado. Nesse ponto, é possível fazer uma analogia com o que se passa na astronomia, na observação de estrelas, na qual as descobertas feitas, na verdade, não refletem a realidade do objeto no momento em que é realizada a investigação. No entanto, isso em nada prejudicaria tais entes espaciais, na medida em que eles continuariam seu curso, sem se deixar influenciar pelos erros, por desventura, cometidos pelo astrônomo. O mesmo não se poderia dizer do direito, que editaria normas alimentando-se dos equívocos, acaso, perpetrados pelos juristas.

Tal objeção é hoje vista com reservas. Isso porque a investida de Kirchmann contra a ciência do direito está inserida no cientificismo do século XIX, conjuntura em que a idéia de ciência estava ligada às concepções naturais e matemáticas.²³

Uma segunda posição cética é encontrada nas correntes jurídicas de inspiração marxista. Nessa ótica, o direito é explicado pelo materialismo dialético e a luta de classes consistiria no pano de fundo em que se desenvolve o fenômeno jurídico. Legitimar a dominação de uma classe detentora dos meios de produção, através de um discurso descritivo que se diz neutro, constitui a função precípua da ciência jurídica. Como adeptos dessa concepção podem ser citados Pêtr Ivanovic

23 Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 33-34.

Stuchka e Pashukanis,²⁴

Uma terceira investida parte da filosofia analítica do direito, privilegiadora da linguagem como forma de abordagem dos fenômenos. De acordo com tal tendência filosófica, a existência de uma ciência normativa, como propalava Kelsen, é bastante controversa, porquanto os enunciados científicos são descritivos, e nunca normativos. Nesse diapasão, cabe bem à fiveleta as lúcidas palavras do Prof. Luis Alberto Warat, consecretário de tal escola: *"Interpretando literalmente o que os juristas afirmam sobre sua produção teórica específica, se poderia dizer que a mesma cumpre uma função estritamente científica. Isto é discutível se se considera que o discurso jurídico não é demonstrativo senão persuasivo e, por fim, obriga os dogmáticos a recorrer a uma larga gama de manifestações retóricas para assegurar uma melhor operatividade. Por isso, sob o manto protetor de uma linguagem ingenuamente descritiva, se obtém modalidades prescritivas"*.²⁵ Insurge-se o ilustre mestre contra a dogmática jurídica, comumente apresentada como a ciência do direito por excelência.

As críticas do Prof. Warat procedem, quando se verifica que a dogmática jurídica tem como marco de toda e qualquer discussão a norma jurídica, posta como dogma. Com isso, ocorreria a inegabilidade dos seus pontos de partida, ou seja, toda investigação teria como axiomas tais normas. Ora, para a concepção científica popperiana, isso é insustentável.

vel, consoante analisado. A ciência possui natureza zetética e, em hipótese alguma, dogmática.²⁶ A dogmática, na realidade, é uma atividade prática, consagrada ao estudo da argumentação, com a qual quer justificar ou legitimar, apoiar ou sugerir, uma solução ou uma decisão. Constituiria, por conseguinte, uma técnica de "como" fazer, mas nunca uma ciência, cuja preocupação é saber "o porquê".²⁷ São, pois, assaz pertinentes as ponderações analíticas do Prof. Warat, as quais, por oportuno, novamente, transcrevemos: *"Em suma, a dogmática jurídica se apresenta como uma ciência sem epistemologia, com contornos incertos entre as opiniões rapsódicas e os raciocínios sistemáticos. É uma atividade que se assenta mais em atitudes epidérmicas e emotivas, traduzidas em raciocínio aparentemente rigoroso, do que em um autêntico trabalho de teorização. Negamos-lhe, portanto, o "status" de cientificidade. Não se pode buscar efetuar hoje um trabalho que pretende exibir o título de científico sem o nível epistemológico"*.²⁸

4. LINHAS FINAIS

Ante as considerações expendidas, restou evidente o grau de dificuldade do problema enfrentado, tal-

²⁴ Apud DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 101-102.

²⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 25.

²⁶ Para um estudo sobre zetética e dogmática jurídica ver FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 39-51.; VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. München: Beck-Verlag, 1974.

²⁷ Idem. *Ibidem*. p. 39.

²⁸ Idem. *Ibidem*. p. 45.

vez a maior questão que se põe diante daqueles que intentam estudar, de maneira reflexiva, o fenômeno jurídico.

As conclusões obtidas, em apertada síntese, podem ser assim apontadas: 1. Está, hoje, ultrapassado e insuficiente o paradigma científico apresentado pelas concepções naturalistas e formalistas de ciência, tal como subsistiu até o início deste século, para uma análise dos objetos culturais; 2. uma ciência dogmática do direito é inviável, à luz do racionalismo crítico popperiano, devido à incongruência lógica de seus cânones, tidos como inegáveis à qualquer refutação; 3. os modelos de uma ciência jurídica oferecidos pelos estudiosos, com algumas poucas variantes, geralmente oscilam entre as concepções empiristas, formalistas e culturalistas; 4. a ciência do direito ainda está por construir, havendo, ainda, consoante o exposto, a indefinição quanto ao seu objeto e método, que precisa ser solucionada se quisermos conceder ao direito a dignidade de uma ciência.

A despeito disso e em que pese o fato de que tudo aquilo que vier a ser falado a respeito do tema examinado será, em nenhum momento, definitivo, não devemos, contudo, desanimar. É preciso coragem para levar à frente tal empresa. A construção de um estatuto epistemológico para o direito constitui, em verdade, o grande desafio para os jusfilósofos.

5. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

a) Livros

1. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
2. _____. *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Forense Universitária, 1989.
3. AFTALIÓN, Enrique R. e VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
4. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.
5. CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Trad. Angel Ossorio. México: Uteha, 1940.
6. COMTE, Auguste. *August Comte*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores.)
7. MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
8. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

9. DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores.)
10. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
11. LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
12. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
13. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

b) Coletânea

1. POPPER, Karl. A demarcação entre ciência e metafísica. In: CARRILHO, Manuel Maria (Org.). *Epistemologia: posições e críticas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
2. QUINE, W. V. O. A epistemologia naturalizada. In: CARRILHO, Manuel Maria (Org.). *Epistemologia: posições e críticas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LOURIVAL VILANOVA/TORQUATO CASTRO: CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO/TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA EM DIREITO PRIVADO NACIONAL.

Helio Sívio Ourem Campos
Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco UNICAP. Juiz Federal/PE. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Delegado eleito pela Seção Judiciária do Estado de Pernambuco (96-97) na AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ex-Procurador do Município do Recife e do Estado de Pernambuco. Doutorando em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa.

SUMÁRIO

1 - APRESENTAÇÃO. 2 - JUSTIFICATIVA E MÉTODO. 3 - DO SUBSTRATO FILOSÓFICO-KANT-NOSSA LEITURA. 3.1 - Quem nos leva a Kant? 3.2 - Do objeto em Kant. 3.3 - Da relação em Kant. 4 - LOURIVAL VILANOVA: RELACIONALIDADE NO UNIVERSO DO DIREITO. 4.1 - Em sentido amplo. 4.2 - Em sentido estrito. 5 - TORQUATO CASTRO: DA SITUAÇÃO JURÍDICA* 5.1 - Considerações Gerais e Conceitos. 5.1.1 - Vários Autores. 5.1.1.1 - José F. Kohler/James Goldschmidt. 5.1.1.2 - Sperdutti. 5.1.1.3 - Léon Duguit. 5.1.1.4 - Francesco Carnelutti. 5.1.1.5 - Emilio Betti. 5.2 - Estrutura da Situação Jurídica. 5.2.1 - Relações e natureza dos objetos. 5.2.2 - Hierarquia da Coordenação? 6 - CONCLUSÕES. 7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

"Com a antipatia não se interpreta, ataca-se." MIRANDA, Pontes de. *Prólogos aos "Comentários à Constituição de 1946"*. 4. ed., Borsoi, 1963.

"Posso alegrar-me agora até mesmo com a demonstração de que uma teoria que estimo é falsa - isso constituiria também um êxito científico." Eccles, John Carew, cit. por Karl Popper, "in" *Conjecturas e Refutações*.

1. APRESENTAÇÃO

Após refletirmos sobre a estrutura metodológica que deveria seguir esta monografia, decidimos por uma convocação implícita decorrente das aulas de um, ainda jovem, professor titular da tradicional Faculdade de Direito do Recife.

Se isso não fosse o bastante, tivemos, como tarefa a suprir período de férias do lente, a agradável, porém complexa, incumbência de uma leitura pormenorizada de textos que, em algumas perspectivas, se contrapõem.

As autoridades dos argumentos que encontramos motivou-nos à realização de pesquisas complementares. Buscávamos adquirir maior estrutura filosófica para melhor assimilarmos a discussão mantida.

Por isso, mantivemos contatos mais imediatos com as principais obras de um autor que, marcando a Filosofia Universal, influencia as discussões jurídicas: Emanuel Kant.

Entretanto, evitando interpretações preliminares, mantivemo-nos, tanto quanto possível, fiéis àquilo que foi objeto de publicação pelos dois autores que centralizaram os nossos estudos: **Lourival Vilanova e Torquato Castro**.

Em algumas passagens, ousamos um pouco, porquanto fizemos comentários que a mais não se propunham senão demonstrar que grandes autores suscitam, na curiosidade daqueles que se encaminham a dar os primeiros passos, um sentimento de que algo poderá ser feito.

O que escrevemos divide-se em títulos, capítulos etc. para manter-se articulado.

Sendo uma obra de comparação, precisa ser clara para ser lida. Eis a proposta: nitidez.

Esperamos que a peleja com a qual nos deparamos, a ultrapássemos a contento, não apenas nosso, mas também daqueles que nos honrarem com as suas leituras.

2. JUSTIFICATIVA E MÉTODO

Justificativa:

É difícil a tarefa a que nos propomos. Não nos recrutamos voluntariamente para exercê-la. Mas, se temos que desempenhá-la, acreditamos que a melhor forma será a de, por alguns momentos, esquecermos que estamos a lidar com dois dos maiores luminares do direito nacional e, mesmo, internacional.

Talvez isso não seja possível, mas é necessário para que com um mínimo de espontaneidade nos pronunciemos.

À sirga do que falamos, mais não basta senão a mera leitura das obras objeto da nossa análise.

Vazadas em linguagem escorreita, mas profunda, demonstram o fôlego intelectual de quem as escreveu. Não são obras de momento, que surgem por mera oportunidade. Vieram para ficar e impressionar o leitor que busca ser atento às obras-primas.

No entanto, mesmo as obras-primas estão sujeitas às análises (e críticas) dos seus apreciadores.

E é nesta qualidade que faremos a leitura dos textos ultra-indicados.

Método:

Evitando fugir ao debate filosófico em que se enquadra a discussão jurídica, fizemos um breve esboço sobre a parte da obra de *Kant* que estimula aprofundarmos o tema escolhido.

Em seguida, partiremos, para que se evitem tergiversações com os pensamentos dos autores, do raciocínio escrito; ou seja, da expressão literal aposta nos livros publicados pela Editora Saraiva (Torquato Castro, 1985/Lourival Vilanova, 1989 2. ed.).

A escolha por começarmos nossas meditações com Lourival Vilanova é decorrente do fato de acreditarmos que o ponto cerne de desenvolvimento desse é mais próximo ao adotado pela doutrina tradicional: "O direito é relacional porque é um fato social e o fato social é interacional." (...) "O microfato social é pois, uma relação interindividual." (p. 66). "A interpersoalidade da relação jurídica não se altera, quer nas relações jurídicas obrigacionais, quer nas relações jurídicas reais." (p. 74).

Logo depois, apresentaremos as agudas afirmações do hábil e prudente Torquato Castro: "O fato social é uma componência na qual pode entrar, ou não entrar, uma relação inter-humana." (p. 78). "Também no tipo estrutural de situação jurídica uniposicional se comportam os chamados "direitos reais"... (p. 74). "Não se vê o direito quando se percebe apenas sua matéria social." (p. 57). "A relação fundamental é aquela atributiva, definida no ter..." (...) "Em síntese, em direito,

a relação se firma, principalmente, com o corpo do objeto..." (p. 51).

Em outras palavras: há situações jurídicas que não implicam intersubjetividade, e "na verdade, não é todo fato relacional que merece esse acolhimento pelo direito, mas tão-só aquele a que a norma, dentro de seus próprios princípios de valoração, considera digno disso." (p. 80).

O nosso intuito é modesto. Não buscamos construir ou reconstruir uma teoria comum. O que vem a seguir não quer ser mais do que um simples comentário de um apreciador de obras-primas.

3. DO SUBSTRATO FILOSÓFICO-KANT-NOSSA LEITURA

Um autor muito profundo e difícil. Despreza os exemplos e as coisas concretas, sob a justificativa de que lhe alongariam muito o livro. (*A Crítica da Razão Pura*. Londres, 1881, vol.II, p. XXVII).

No entanto, dominando o pensamento do séc. XIX, o celta de Kaliningrado propôs uma Filosofia "crítica" com influência direta ou indireta em autores como Schopenhauer (onda de romantismo), e mesmo sobre o irreverente Nietzsche (iconoclastia).

Não será o fato de filósofos recentes como Pearson, na Inglaterra; Mach, na Alemanha; Henri Poincaré, na França, virem a afirmar que toda a ciência, até mesmo a mais rigorosa matemática, é relativa em sua verdade, e portanto mais se aproximando de um dos

maiores opositores de **KANT**: David Hume, que diminuirá a contribuição do “trabalho mais importante da literatura alemã” (cf. **SCHOPENHAUER**, Arthur. **O Mundo como vontade e representação**, Londres, 1883, vol.II, p. 30).

Primeiramente, buscaremos a situação histórica do grande filósofo, para, em seguida, demonstrarmos o que lhe significam o objeto e as relações. Bases indiscutíveis para apreciarmos o assunto de nossa dissertação.

3.1 Quem nos leva a Kant?

De início, havemos de citar os trabalhos de Locke, em que a razão, pela primeira vez no pensamento moderno, reflete sobre si mesma. (Ensaio sobre a Inteligência Humana, 1689).

Concluía que todos os nossos conhecimentos viriam da experiência. Nada existiria na mente a não ser o que tivesse primeiro existido nos sentidos.

E se apenas as coisas materiais podiam influir nos sentidos, tudo o que conhecemos é matéria: filosofia materialista.

Em resposta, o Bispo George Berkeley indaga; não nos disse Locke que todos os nossos conhecimentos são derivados das sensações? Logo, todo conhecimento, sobre qualquer coisa, é meramente a sensação que temos dela. Sem os sentidos, não existiriam os objetos. Portanto, a única realidade que conhecemos é a da mente.

Acrescente-se a todo esse quadro de indagações filosóficas o apurado raciocínio do Bispo irlandês Da-

vid Hume. Em seu tratado sobre a Natureza Humana, diz que conhecemos a mente assim como conhecemos a matéria: pela percepção, que pode ser externa (matéria) ou interna (mente).

Hume destruíra a mente com argumentos similares aos de que Berkeley se utilizara para destruir a matéria. Não restava nada, a não ser destroços.

Ao postulado básico da ilustração de que a razão impõe o materialismo, era contraposta a inexistência da matéria e da própria mente.

Mas a razão poderia não ser a prova final. Não haveria o direito de abafarmos os clamores da nossa natureza em favor de uma lógica que não passa de uma frágil e enganadora parte de nós. Nas grandes crises da vida, mais confiamos em nossos sentimentos do que em diagramas.

Tem, assim, Rosseau o seu espaço, com o seu ensaio, premiado em concurso (1749), no qual afirma ser a cultura muito mais um mal do que um bem. Onde surgisse a filosofia decairia a saúde moral: “Corre mesmo um dito entre os filósofos de que, desde que surgiram os homens cultos, não se encontram homens honestos em lugar nenhum.” Ou: “A educação não torna bom um homem, faz apenas com que fique esperto em geral para más ações.”

Em sua **La Nouvelle Héloïse**, 1761, explica detalhadamente o porquê da superioridade dos sentimentos sobre o intelecto.

Em seu ensaio sobre educação: **Émile**, 1762, declina que estando os sentimentos avassaladoramente a favor de suas teses, porque não confiarmos no instinto?

E, provavelmente, foi a leitura de *Émile* um grande acontecimento na vida de **Kant**, pois um outro homem procurava a saída do ceticismo, ou melhor, do ateísmo.

A missão: reunir as idéias de Berkeley e de Hume com os sentimentos de Rousseau.

3.2 Do objeto em Kant.

A “coisa-em-si” pode ser objeto do pensamento, mas não pode ser atingida, pois transforma-se em sua passagem através dos sentidos e do pensamento.

Logo, o objeto é uma aparência, talvez muito diferente do objeto original. Isso nunca poderemos saber. Apenas o conhecemos como uma modalidade que nos é peculiar.

Distingue o fenômeno da “coisa-em-si”. Não afirma a inexistência do objeto, mas a impossibilidade de atingi-lo em sua pureza.

A compreensão não pode passar dos limites da sensibilidade. Se o espaço é finito..., se há um começo temporal..., se há uma causa primeira..., como sendo questões de antinomias, são dilemas insolúveis.

Isto foi o suficiente para os padres da Alemanha darem o nome de **Emanuel Kant** a seus cachorros. (WALLACE. Kant, Filadélfia, 1882, p. 82).

Mas ele não silenciava: “Uma simples visita a esses povos é considerada por eles como o equivalente a uma conquista. A América, as regiões da África, as Ilhas Molucas etc. ao serem descobertas, fo-

ram consideradas terras de ninguém, e os habitantes aborígenes tratados como objetos... E isso foi praticado por nações que alardeiam santidade (...). “ (**Kant**. Paz Eterna e Outros Ensaio, Boston, 1914, p. 68).

3.3 Da relação em Kant.

Sendo a Lógica uma análise dos conceitos usados no raciocínio, são quatro as categorias de que se utiliza: Ser, Qualidade, Quantidade e Relação.

Entre todas, a de maior penetração é a Relação.

Se a “coisa-em-si” não é perceptível, mas apenas compreendida nos limites da sensibilidade, toda idéia é um grupo de relações de aparência. Uma idéia sem relações de qualquer espécie é vazia.

O Ser puro e o Nada são a mesma coisa.

Das relações, a mais universal é a do contraste ou oposição.¹

Enfim:

- a) o subjetivismo em Kant não decorre da inexistência do objeto, mas da impossibilidade de percebê-lo enquanto “coisa-em-si”;

¹ A idéia máter hegeliana do movimento dialético, em que pese tenha sido prefigurada por Empédocles e incorporada no “justo meio termo” de Aristóteles, não prescindiu do resgate kantiano.

- b) não há idéia sem relações, e só há relações compartilhadas entre seres humanos.

4. LOURIVAL VILANOVA: RELACIONALIDADE NO UNIVERSO DO DIREITO.²

Eis os prismas de que parte e pelos quais visualiza o direito:

"De onde ser procedente ver o direito, sob um lado, como sistema de normas, de outro, como sistema de conduta, ou ordenamento." (p. 65). Ou, em outras palavras: "(...) descabe uma teoria do direito que seja tão-só normativa, ou tão-só sociológica." (p. 66)

Exsurge o direito como norma e conduta. Não apenas norma e não apenas conduta.

Negando o direito para um só; ou melhor dito, o direito fora da relação minimal. Daí ter afirmado: "A relação imediata sujeito / coisa só é juridicamente relevante se mediatamente existe a relação sujeito / sujeito, pouco alterando a indeterminação provisória de um dos sujeitos." (p. 66)

Entretanto, também um experto em Filosofia, trata o ínclito autor de professar a existência de relações jurídicas de duas espécies:

² As citações feitas ao Dr. Lourival Vilanova, quando apenas as páginas são indicadas, se referem ao seu livro CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

4.1 Em sentido amplo

É aqui que insere categorias como a da personalidade e a da capacidade jurídica, dizendo:

"Em sentido estrito, relação jurídica não se estabelece quando a norma, no exemplo acima, atribui subjetividade jurídica ao ser humano que nasce com vida. Ou, para alargar o campo exemplificativo, quando entidade coletiva, em virtude de lei, ou de ato negocial constitutivo, adquire personalidade jurídica (...). Mas, com somente receberem a qualificação de sujeito-de-direito, ainda não se encontram em relações jurídicas. Em sentido estrito, bem se vê." (p. 72)

Ora, ao espectador de um raciocínio também cabe raciocinar.

Entendemos que a relação jurídica em sentido amplo, porquanto sejam as palavras símbolos e esses podem ser defeituosos, não são, perfeitamente, enquadradas na relação minimal (**pelo menos um sujeito diante de outro sujeito**).

Relação existe, pois há um termo referente (norma), um termo relato (conduta) e um operador relacionante (modais deonticos: obrigatório, permitido, proibido).

Apenas para tomarmos como referência o exemplo posto: personalidade jurídica ou capacidade de direito (V. Clóvis Beviláqua, 1921), teremos que ao declinar que "todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil - Art. 3. do Código Civil", está o nosso direito positivo, em verdade, dizendo que é proi-

bida, juridicamente, qualquer afirmação em contrário; pois é obrigatório o entendimento.

Por esse raciocínio, relação há de existir; porém, entre termos referente e relato que não informam a relação minimal.

A relação seria no sistema jurídico, em outras palavras: "a norma só tem campo de incidência porque tem campo de validade." (p. 76)

No entanto, não nos é abonado pensarmos que com isso concorde: "A personalidade, a nacionalidade, o tombamento, são qualidades jurídicas, predicados não-relacionados. Declaram-se de cada entidade, por si só, aparentemente sem relação jurídica, pois, com coisa ou pessoa alguma. Mas, já vimos, tais qualificações são **relacionais** ou **intersubjetivas**, ocorrentes no domínio do sistema jurídico." (p. 76)

O raciocínio, parece-nos, funda-se no fato de que sujeito-de-direito "só tem cabimento no interior de um sistema normativo de direito positivo, que é um sistema de relações intersubjetivas." (p. 72)

Em outras palavras: o ser da incidência da norma não o é senão em contato com as relações intersubjetivas.

Apenas para argumentar, parece-nos entender que um homem isolado em uma selva, não o é, pelo menos durante esse período, e passaria a sê-lo, como por um encanto, caso viesse interagir com outros homens. O homem como um animal social, era o que dizia um autorizado filósofo grego.

Assim, o que vem chamado de relação jurídica em sentido amplo não passaria da potencialidade necessária a uma relação jurídica em sentido estrito. Seria uma relação jurídica em potencial.

Relação jurídica por potência é relação jurídica por força, à força.

4.2 Em sentido estrito.

Diz: "A relação jurídica, em sentido estrito, é interpessoal." (p. 73)

Ora, para um purista em linguagem, algum sentido, que não o redundante, deve ser atribuído a essa assertiva.

Se tivéssemos todas as relações, inclusive as "em sentido amplo", como interpessoais, como deveria ser interpretada essa afirmação?

Citando o mesmo autor e a mesma obra que antecede àquela frase:³ "as palavras são símbolos e portadoras de pensamento, mas podem ser defeituosas."

Mas, se nenhum defeito houver, como pensamos, poderíamos refletir sobre um possível reconhecimento de que aquilo que é à força é porque não o é naturalmente. A relação jurídica em sentido amplo seria uma "relação jurídica artificial".

De posse dessas reflexões, mas ainda tratando daquilo que foi enquadrado na categoria da relação jurídica

3 Ferrara. *Trattato di diritto civile italiano*. Vol. I, Roma, 1921.

dica em sentido estrito, teríamos outro ponto a merecer destaque:

“No direito real de propriedade, indefinido está o sujeito passivo. Essa indeterminação não equivale à inexistência. A relação jurídica de posse o é em face da coisa imóvel, mas sem as relações com os demais sujeitos que têm o dever negativo, a relação se converte em relação física, ou, mais amplamente, em relação fáctica. A relação imediata com o objeto não elimina a relação mediata com a universalidade dos sujeitos passivos, que se individualizam com conduta impediante do exercício do direito possessório. Em rigor, a relação imediata é de sujeito individualizado com a universalidade dos sujeitos passivos: a coisa no direito real faz a relação jurídica ser relação a três termos, sendo, ainda, intersubjetiva.”⁴

Em síntese, estar-se-ia cogitando de uma **obrigação passiva universal**, a qual recebeu especial realce em Planniol.

De pronto, pode-se indagar sobre a possibilidade de relação entre um conjunto unitário (proprietário, possuidor etc) e um conjunto inumerável (população mundial).

A possibilidade existe, basta que escolhamos um critério. O critério, apenas como exemplo, poderia ser o da conduta impediante do exercício do direito possessório.

4 V. A. Cammarata, *Formalismo e Sapere Giuridico* (sobre a “qualificação normativa”), p. 245-93, 389-426.

Diga-se: critério proposto pelo Mestre.

Completando o raciocínio, dispondo sobre a causalidade jurídica (efeitos que só existem no mundo do direito), afasta o absurdo de seres que se encontram em locais extremamente distantes, que exerçam atividades profundamente diversas, que muito diferem em idade etc., mantenham relação, a jurídica, pelo liame do critério apontado. É ao que intitula de “universalidade da Relação Jurídica”.

“A relação-de-causalidade jurídica não coincide com a relação-de-causalidade natural”. (p. 75)

Por final, compete pensarmos sobre o exposto com o título: “A Relação jurídica no fato jurídico”.

Afirma: “o fato natural juridicizado fica. E, por isso, colocado relacionalmente se acha.” (p. 83) “o denominado fato jurídico natural (o fato não se compondo com conduta humana) só adquire juridicidade porque ocupa o tópico de fato antecedente numa relação jurídica.” (p. 84)

A relação se opera com os efeitos jurídicos decorrentes. É uma relação eficaz.

Ora, para um partidário da causalidade jurídica o raciocínio é esperado.

Pensamos, no entanto, que se no direito há apenas espaço para o relativo, não cabe uma causalidade absoluta. Nele, teríamos: causas produzindo efeitos prováveis.

Há um sem importância na afirmação: o direito existe não para coincidir, mas para incidir sobre a rea-

lidade. Sobretudo para aqueles, como nós, que propugnam por um direito com efetividade.

O direito é luta e conquista.⁵

5. TORQUATO CASTRO: DA SITUAÇÃO JURÍDICA⁶

5.1. Considerações Gerais e Conceitos

Não menos brilhante e, por isso, não menos difícil será a análise (e crítica) desse autor consagrado pelo gabarito do seu raciocínio e pela profundidade do seu conhecimento jurídico e filosófico.

Sua linha percorre o concreto, afirmando: "A operação em que se define o direito não se realiza sobre gêneros, na ordem abstrativa, mas sobre problemas existenciais revelados através da tipicidade concreta dos fatos." (...) "Esse concretum situacional se denomina situação jurídica." (p. 50)

Como desdobramento dessa postura, critica Kelsen por ter transformado o sujeito em um ponto ideal, mas, sobretudo, pois: "na linha idealista, desprezou o objeto, por entender que seu conteúdo era pertinente à sociologia." (p. 53)

Assim, chega a ser de perfeita coerência a sua afirmação: "O aspecto central, na situação, é exatamente a relação sujeito-objeto (...)." (p. 52)

5. Imprescindível é a leitura de Rudolf von Ihering, especialmente do seu "A luta pelo direito".

6. Os números das páginas que vão a seguir se referem ao livro *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

É de se ressaltar que compreende a res nos termos da "última fase do direito romano, abrangendo tudo quanto pode ser objeto de direito, desde a parcela do mundo físico, os atos humanos externos, até às qualificações de valor moral ou social, enquanto tais realidades externas sejam passíveis de experiência jurídica, que é experiência de atribuição." (ps. 50-1)

Uma "reviravolta" que encontra o amparo da autoridade do autor. Da relação minimal à relação "com o corpo do objeto". (, 51)

Diz, sem meios termos, o que pensa, mas sempre fundamentando: os exageros de Kelsen (p. 53); o demérito de Kohler (p. 54); a injustiça cometida por Pontes de Miranda contra Kohler (p. 55); algumas impropriedades de James Goldschmidt (p. 55); os equívocos de Sperdutti (pp. 55-6); a superação de Duguit (p. 57); a inconsciência de Carnelutti (pp. 58-9); mas também os aspectos inestimáveis de Betti (pp. 62-5).

Com tudo isso, e pela especial procedência do autor, não é difícil perceber o seu potencial polêmico.

Talvez este seja o momento conveniente para lembrarmos de Kant: "De minha parte, sustento a opinião contrária e afirmo que sempre que se tenha prolongado uma disputa, especialmente no campo filosófico, havia, em suas raízes, não um simples problema de palavras, mas um problema genuíno acerca de coisas."⁷

Não nos esqueçamos, porém, da prudência e altivez contida na afirmação: "Posso alegrar-me agora até

7. Kant, 1780; "apud" Karl Popper, in *A Lógica da Pesquisa Científica*.

mesmo com a demonstração que uma teoria que estimo é falsa - isso constituiria também um êxito científico."⁸

Um passo em ciência normalmente resulta de muitas tentativas, e há grande mérito no tentar.

Só os grandes homens se preocupam com questões que ultrapassam a mesquinhez das meras conquistas individuais.

Entendemos que estamos diante, não em potência, mas por concreto, de um desses raríssimos casos.

5.1.1 Vários Autores

5.1.1.1. José F Kohler / James Goldschmidt.

Quanto ao comentário que destina ao Josef Kohler, lhe atribuí o mérito de conceituar, distancian-do-se do que era predominante no seu tempo, "a situação jurídica como "a relação dos sujeitos de direito para os bens da vida em geral ou em particular"; afirmando assim, à revelia do mundo idealista que o cercava, a possibilidade de definir-se o direito enquanto relação normativa entre o sujeito e o objeto." (p. 54)

Bem verdade que aquele autor enxergava na situação jurídica, tão-somente, "um elemento ou etapa no nascimento e desenvolvimento desse direito." (p. 54)

E não é disso que está convencido o nosso au-

tor. Daí, o comentário: "E demérito teve ele no excluir o direito subjetivo dessa mesma relação sujeito-objeto, fazendo desse direito coisa diversa. O direito subjetivo, quando esvaziado da hipostasia em que o concebeu certa filosofia que, por truque bastardo, fê-lo ingressar como relação fundamental de direito privado, registra-se na fenomenologia jurídica apenas pela analogia que mantém com uma eventual posição do sujeito em determinadas situações de direito." (p. 54)

Quanto à injustiça cometida por Pontes de Miranda contra Kohler, ela se deveria ao fato de esse ilustre jurista identificar a "situação jurídica", proposta pelo germânico, como algo pertencente ao mundo pré-jurídico.

Se alguma razão havia na crítica, porquanto ter projetado Kohler sua atenção a situações no âmbito dos fatos jurídicos pendentes ou incompletos, em que não há direito, dada a falta de implementação do **factum**, por outro lado, não deixa de ser possível encontrarmos situações jurídicas perfeitas ou integradas, que não direitos subjetivos, que manifestam juridicidade e se enquadram em sua "situação jurídica".

Se defeitos existiam no ponto de vista de Kohler, menos ainda se pode louvar o desvio da teoria em proveito de um vitando subjetivismo. Eis a impropriedade de James Goldschmidt.

Nas palavras do autor: "Por outro lado, o subjetivismo ainda imperante apoderou-se da figura, para deformá-la, Kohler a tinha posto como relação sujeito-objeto, mas o subjetivismo passou a desconsiderar essa

8 John Carew Eccles, "apud" Karl Popper, in *Conjecturas e Refutações*.

relação, e ligou a situação, não a ela, mas diretamente ao sujeito: "situação jurídica subjetiva". Tratava-se, então, de duplicar, com isso, a própria imagem do sujeito como sujeito em si, que é a deficiência do próprio direito subjetivo." (p. 55)

E não haveria sujeito senão em relação ao objeto.

5.1.1.2. Sperdutti

Quanto ao proposto por Sperdutti: "a situação jurídica é um gênero, de que o direito subjetivo é espécie." (p. 55), a refutação veio logo a seguir.

Não há palavras meias: "Sperdutti supõe a situação jurídica como a resultância do processo de individualização e subjetivação da norma jurídica - sem perceber que o conceito de norma, com que ele joga, já antes sofrera inverso processo, pois é uma resultância de um processo de generalização e abstração que o levou para longe dos sujeitos concretos e dos objetos jurídicos concretos." (p. 56)

Essa contestação, naturalmente, decorre da busca pela retomada do "equilíbrio perdido entre o essente e o existente, próprio da filosofia clássica." (p. 53)

5.1.1.3. León Duguit

Também, León Duguit, positivista da escola sociológica, em face da classificação de Chaim Perelman para os diversos períodos que impressionaram o pensamento jurídico na Europa, a partir do Código napoleônico (escola da exegese; escola funcional ou socio-

lógica; após - II Guerra Mundial - escola tópica), não mereceu, senão, os seguintes comentários: "A "situação jurídica" - aquele achado de Kohler, próprio do mundo jurídico - era, nas mãos do mestre de Bordeaux, reduzida a uma estrutura social - um conceito no qual se focaliza, em primeiro plano, a estrutura social, em seus dados objetivos, a envolver indivíduos nela situados." (p. 56)

É bem verdade que a escola situacional de Duguit, mesmo inscrevendo-se no segundo período da classificação de Perelman, não perdia o mérito "de ter, pela primeira vez, projetado como fundamentalmente situacional toda manifestação do fenômeno jurídico na sociedade." (p. 57). E isso se aproxima daquele "**concretum situacional** que se denomina situação jurídica." (p. 50)

Em suma, entendia Duguit não ser o indivíduo detentor de uma liberdade originária, pois está preso a laços de disciplina social e jurídica. Algo próximo à figura do homem situado e sitiado de Heidegger.

5.1.1.4 Francesco Carnelutti

Francesco Carnelutti, célebre processualista, mais se aproxima do acerto, pelo menos na visão do nosso autor, porquanto retornando ao conceito de situação jurídica, vai além de Kohler, pela generalidade, e de Duguit, pela juridicização do conceito.

Alguns claros estavam preenchidos. Duas pessoas em conflito de interesses já estavam ligadas em relação a uma coisa.

Duas conquistas:

I. A situação de direito passava a figurar enquanto projeção normativa sobre uma situação de fato, logo a incidência tipificava o fenômeno jurídico. Era o princípio universal do "fato-causa" (antigo conceito romano).

Lembre-mos de que Gaius, em suas *Institutas*, sob a trilogia **personae-res-actiones** definia toda a matéria jurídica.

II. Resgate da importância da "res" (tudo o quanto pode ser objeto do direito).

Aqui, também não nos deparamos com algo inédito; pois mais não passava da "res" romana.

É de se notar que as conquistas propostas, embora não devessem ser tidas como inéditas, eram novidades para um tempo que as havia, aparentemente, esquecido.

No entanto, o autor, loquaz que é, fez tais comentários sobre a "revolução" carneluttiana: "Estaria ele consciente de tudo isso? Se consciente, seria suficientemente descompromissado para defender a tese que lançava contra os embates da filosofia do seu tempo? (...) Realmente, não parece que o tenha sido. A insegurança, as concessões que fez a essa filosofia, leva-nos a pensar que tudo quanto fora posto por sua intuição genial acabou nele sendo traído à conta de preconceitos seus, sem outra valia." (p. 59)

E arremata: "Após ter implantado a "res" na objetividade de um complexo cuja componência global foi definida como situação jurídica, Carnelutti não soube portar-se a altura de sua própria construção." (p. 59)

Isso porque Carnelutti veio a afirmar que o único elemento, propriamente, jurídico no contexto global da situação jurídica seria a relação entre sujeitos. Logo, objeto e partes não o eram.

E, com espíritosidade, diz o autor: "Uma relação sem sujeito nem objeto, é uma "assombração" do além-túmulo, como aquela do "frade-sem-cabeça", do nosso folclore regional." (p. 61)

No entanto, não nos parece que estivesse Carnelutti a cogitar do "frade-sem-cabeça", mas, tão-somente, do caráter estritamente jurídico da relação entre sujeitos e da não estrita juridicidade dos demais elementos. Uma relação intersubjetiva sob a incidência de norma jurídica. Uma relação específica do sistema jurídico.

Toda a questão girava em torno da existência, ou não, de um objeto próprio para o direito. Kelsen, Carnelutti, Ehrlich e tantos outros pensam que não há; o autor adota por cerne de sua tese um raciocínio oposto.

Mas, vejamos este seu trecho: "É verdade que esses mesmos elementos - as pessoas, as relações entre elas, as coisas ou bens da vida e as ações humanas - são a matéria **ex qua** do trato de outras ciências diversas da do direito, tal como a sociologia e a economia; mas é certo que o são por modo diverso, em cada caso, e segundo o objeto de cada uma dessas ciências." (p. 60)

Ou seja, a "res" se poria ao direito de um modo todo especial (a "justa medida daquilo que se atribui a cada um"- p. 66), e como tal uma sua iguaria exclusiva.

Como já falamos anteriormente, pensamos que o direito é luta, não havendo espaços para um objeto de "justa medida" ontológica.

Eliminação do mundo exterior, entendemos, ocorreria caso viéssemos a defender o ponto de vista contrário.

E como diz o autor, apesar de propugnar por um objeto próprio sob a justificativa ultra: "Muito menos se concebe no direito, que é regra de ação direta sobre a exterioridade, e para a qual a eliminação do mundo exterior significaria a perda da causa ou da razão de seu existir." (p. 61)

5.1.1.5 Emilio Betti

Prosseguindo pela análise do pensamento do Prof. Emilio Betti que concebe "a situação jurídica como a 'síntese bilateral de um poder com um vínculo, a sua correlação normativa.' (p. 64), descreve-se o que pensa o inclito italiano, e, posteriormente, se o interpreta.

Autor da consagrada expressão **fattispecie**, o que, também, delineia seu raciocínio sobre situação jurídica como resposta a este fato, e, por isso, profundamente, mitiga um idealismo exacerbado, porquanto conecta os mundos dos valores (incluindo aí o jurídico) e o do ser.

Por essa postura filosófica, haveria a conversão de uma situação jurídica preexistente, com o advento de um fato novo, em uma situação jurídica nova. Não seria, portanto, a lei por si só o motor gerador de novas situações jurídicas; mas os fatos.

Afinal, "a operação em que se define o direito não se realiza sobre gêneros, na ordem abstrativa, mas sobre problemas existenciais revelados através da tipicidade concreta dos fatos..." (p. 50)⁹

Na pauta das lições de Betti, rebusca seus avanços, como, por exemplo, a correlação dos papéis dos sujeitos de direito, "a necessária correlatividade de poder e vínculo (os quais, isoladamente considerados, melhor se qualificam como "posições jurídicas")." (p. 64)

Entretanto, diz, não conseguindo Betti se desvencilhar do idealismo, ainda impertinente, resolve a configuração linear e subjetiva da situação jurídica, abandonando a sugestão triangular carneluttiana, "em que houvesse lugar, em uma de suas pontas, ou em um de seus ângulos, para a presença da "res", como objeto próprio da relação." (p. 65)

5.2. Estrutura da Situação Jurídica

Não se pense que o desdobramento do raciocínio proposto aqui será menos pródigo aos debates.

Não o é.

Não seria impróprio afirmarmos que teremos acen-

.....

⁹ É inegável a habilidade do nosso autor na construção, passo a passo, de sua tese, que mesmo chega a dar a impressão, pela quantidade e representatividade dos juristas citados, de estar recolhendo um manto que esconde um direito, apenas esquecido, e cujo papel não ultrapassa a do obreiro que se satisfaz em bem materializar um projeto alheio. Eis por que é hábil e cauteloso. Parecendo recuperar o elixir da longa vida, cuja fórmula foi esquecida, resguarda-se das críticas contra algo que já deu certo. Assim: "A volta ao caminho perdido será certamente dificultada por hábitos secularmente adquiridos, desde Duns Scott até nossos dias, e que tanto marcaram o processo de teorização do direito. Mas a reação, que nunca foi ausente durante tanto tempo, agora aumenta..." (p. 66)

didadas, ainda com mais intensidade, as admiráveis polémicas que, por derradeiro, constroem a evolução das ciências, ou mesmo das técnicas de controle de condutas.

Partindo da distinção entre a incidência da norma e a sua aplicação, esclarece: "Essa qualificação do sujeito e do objeto da situação e a determinação do modo e limite da participação do sujeito, ou de cada sujeito no objeto - a qualificação do sujeito, do objeto e a da posição do sujeito - é de ocorrência imediata ou instantânea, isto é, dá-se no momento exato em que, verificado o fato, a norma incide." (p. 67). (...). "Tudo quanto depois vem desse momento ideal de qualificação - (...) já não pertence ao momento ideal da incidência da norma, mas ao de sua aplicação (...)." (p.67)

Demarca, com propriedade, momentos distintos: incidência e aplicação.¹⁰

E na esteira da afirmação de que incidência e aplicação não se confundem, passa a definir os elementos construtivos do que chama situação jurídica.

São eles: sujeito, objeto, posição do sujeito. E na grande generalidade dos casos: relação intersubjetiva, ou relação jurídica que se estabelece entre sujeitos, determinada pela natureza do objeto.

Em outras palavras: a "relação jurídica em sentido amplo" intersubjetiva não está contido no seu conjunto do plausível.

Como um responsável intelectual, justifica o que afirma.

10 Não conhecemos o que pensa o autor sobre o que os outros estudiosos vêm chamando de efetividade. Esta não se distinguiria da mera eficácia pela incidência. Não bastando um mínimo de eficácia (incidência), mas a concreta efetividade (aplicação espontânea ou cogente) para que o direito atinja a credibilidade.

Eis a sua tese:

Sendo da natureza do objeto jurídico de que depende, "em substância", o tipo estrutural da situação de direito." (p. 69), temos que, em algumas vezes, basta a qualificação atributiva para que se exaure o escopo da norma. Nesses casos, independe de relação intersubjetiva a incidência da norma.

É o que chama de **situação jurídica uniposicional**, "porquanto nela só há o lugar para uma posição de sujeito, ou de sujeitos plurais que a essa posição ocorrem sob um só, ou sob vários títulos (...)" (p. 70)

Eis as situações jurídicas que nesta categoria se inscrevem:

1.

"A personalidade jurídica é a mais ampla dessas qualificações jurídicas que constituem objeto de situações jurídicas uniposicionais. (...). Tal personalidade não passa de uma posição de sujeito jurídico em face de um objeto estritamente jurídico, que é a própria qualificação de personalidade que a norma confere ao sujeito." (p. 71)

Quanto à situação, juridicidade existe e, apenas, como comprovação histórica, têm-se alicerces na exclusão de certas pessoas, "como aconteceu com os romanos, em relação aos escravos ou aos não pertencentes a civitas." (p. 71)

2.

"Também a qualificação jurídica dada a cada pessoa em razão do estado de família ou do estado civil pertence à ordem das situações jurídicas uniposicionais, enquanto, sob tal aspecto, ela individualiza cada

sujeito perante a ordem jurídica.”(p. 71)

Em que pese a menor abrangência de situações que têm a si, incidem sobre vocação hereditária, tutela, curatela etc. (condição legitimante); e, por outro lado, impedimentos para matrimônio, para testemunho etc. (condição deslegitimante).

Inclui-se, ainda, nesta categoria dos **status**, a cidadania, com o seu caráter legitimante ou deslegitimante.

“Basta assinalar que a incapacidade é, no plano jurídico, a razão de institutos específicos, quais sejam o da representação dita legal, e o da assistência, formas institucionais com que o direito provê a proteção dos individualmente incapacitados e com as quais obtêm os sucedâneos da legitimação direta e pessoal que lhes falta na prática de atos que a eles serão imputáveis.” (p. 73)

Ou mesmo: “Tudo quanto avulta na capacidade, neste seu sentido positivo, é a circunstância de constituir ela dado relevante para o mundo jurídico (...).” (p. 72)

– Em suma, todas essas qualificações jurídicas (**personalidade, status, capacidade**) “se perfazem no momento ideal da incidência da norma, independentemente da ação ou cooperação de quem quer que seja.” (p. 73)

E não neguem seus relevos jurídicos, afinal “são bem jurídico em si mesmos, defensáveis isoladamente por tutela processual.” (p. 74)

A sua perspectiva não pára com essa conclusão.

Diz mais: “Também no tipo estrutural de situação jurídica uniposicional se comportam os chamados “direitos reais”, ou situações jurídicas reais; assim como as situações jurídicas que configuram o “direito potes-

tativo” ou “direitos do poder jurídico”, que são os poderes de cujo exercício decorrem alterações em situações jurídicas preexistentes - ou mais amplamente, efeitos jurídicos constitutivos em geral.” (p. 74)

Quanto ao direito proveniente da situação jurídica real, quer decorra de fato jurídico negocial ou simplesmente natural, “a norma assim o instaura por força de seu próprio poder qualificativo.” (p. 74)

“Quanto aos chamados “direitos potestativos”, o poder jurídico abrangido sob tal denominação imprópria evidencia igualmente a situação jurídica de estrutura uniposicional.” (p. 74)

Sendo a norma que cria, com instantaneidade, esses poderes quando incide sobre certas situações de fato, continua:

“Tais poderes, por isso mesmo, dever-se-iam denominar poderes jurídicos normativos, dado que devem eles à norma o ato de sua criação e a natureza predeterminada dos efeitos jurídicos que decorram de seu uso pelo titular. A este último, o titular, tudo quanto cabe é faculdade de discernir sobre a conveniência ou a oportunidade desse uso - a de usá-lo, ou de deixá-lo sem uso.” (p. 75)

Reconhece, no entanto, que “na grande maioria dos casos” havemos de distinguir o momento qualificativo do momento atributivo.

“A situação jurídica, aqui, se integra de dois sujeitos em posições jurídicas diversas, sendo uma dessas posições ocupadas pelo sujeito a quem a norma defere o objeto, e a segunda pelo sujeito por cuja ação o objeto será atribuído.” (p. 75)

É a relação jurídica intersubjetiva.

A simples qualificação (posição definida relativamente ao objeto) não exaure o intento normativo, sendo necessária a relação entre sujeitos.

Situação jurídica relacional é o nome que propõe a essa categoria.

E seria nessa espécie de situação jurídica que teríamos: funções de direito de família ou de direito protetivo - tutela, curatela etc., e as "relações patrimoniais, na ordem econômico-comutativa", compreendendo "a grande classe das situações de direito pessoal, ou de crédito, ou situações jurídicas obrigacionais." (p. 77)

Mesmo, aqui, por motivos seus, não se esquece de afirmar: "E, por outro lado, ingênua a suposição de que o fato que importa à estrutura do direito será sempre um fato que contenha uma relação inter-humana (...)" (p. 78)

Citando a morte como fato de relevo jurídico que não implica em relação intersubjetiva, deixa o seu intérprete pensativo, ao menos em face de anterior ponderação: "efeito jurídico direto do fato-morte é ver-se o herdeiro colocado em relação intersubjetiva com outro sujeito, por sucessão na posição do **de cuius**." (p. 78)

Sempre em busca da confirmação de sua tese, lança mão de outro exemplo: "a ocupação da **res nullius** faz adquirir o domínio se a coisa é **nullius**, isto é, se não havia sobre a coisa relação de posse atual, ou de domínio, pertinente a outrem, ou se, mesmo tendo isso havido antes, a coisa foi **derelecta** (...)" (p. 78)

Em suma: há situações jurídicas que não implicam intersubjetividade, e "na verdade, não é todo fato relacional que merece esse acolhimento pelo direito, mas tão-só aquele a que a norma, dentro de seus próprios princípios de valoração, considera digno disso." (p. 80)

Se as situações jurídicas relacionais pressupõem atos atributivos, "através de ações ou comportamentos típicos a cargo dos sujeitos que se dispõem ao seu resultado (...)" (p. 81), em situações jurídicas uniposicionais, que são meramente qualificativas, não há demanda de nenhum agir do sujeito.

5.2.1 Relações e natureza dos objetos

Mas, essas "ações ou comportamentos típicos a cargo dos sujeitos" também merecem um estudo especial.

Aqui, visualiza o autor "duas ordens profundamente diversas, na dependência da natureza do objeto jurídico da situação." (p. 81)

1. Objeto jurídico com caráter meramente patrimonial ou econômico.

"As situações jurídicas que têm objeto puramente econômico - as reais e as obrigacionais ou de crédito - têm a virtude de deferir à pessoa do titular do direito real ou pessoal, o objeto - a coisa, ou a prestação - como um **proprium** econômico dessa pessoa, ligado de tal modo à sua vontade e disponibilidade, que a todo tempo lhe será dado despojá-lo de si, ou arredá-lo de qualquer uso.

(...)

Seria trágico o mundo que não nos concedesse à consciência o poder de abrir vez, em lugar desse útil, ao amor, à gratidão, ao reconhecimento solidário ou a simples caridade. (...)

Um direito que é, desse modo, subalterno à vontade de seu titular (...)" (p. 82)

E "a tese do direito subjetivo fundou-se nos desvãos dessa subalternidade e na falsa generalização de uma liberdade, criada aqui por exigência moral, em razão da específica natureza do objeto jurídico." (p. 82)

Uma ação livre pela parte do credor, uma ação exigível contra o devedor.

2. Objeto jurídico enquanto um fim ético em si, ou um fim institucional.

Estas não perfazem um perfil onde se encontram um poder-livre da parte, mas a de um "poder-função, em que a atividade a ser desenvolvida permanece condicionada ao objeto institucional da proteção mesma, isto é, condicionada pelo interesse de outrem - seja a do grupo familiar, seja o da pessoa em cuja proteção ele se institui - o filho, o tutelado, o curatelado." (p. 83)

(...)

"Trata-se de poder que é ao mesmo tempo dever, ou poder-dever funcional." (p. 83)

5.2.2 Hierarquia ou Coordenação?

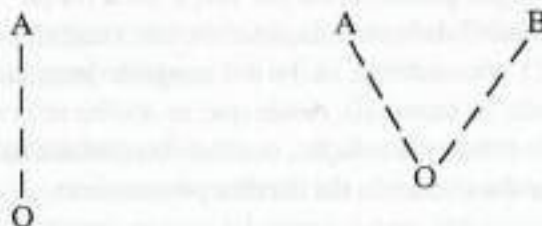
Ao final, cabe que se repense se há na situação jurídica intersubjetiva uma relação de hierarquia, ou uma relação de coordenação.

Diz, quanto aos sujeitos da relação: "não há domínio ou vantagem de um sobre o outro, mas posições diversas, atribuídas a sujeitos diversos em razão da atividade que é própria de cada um, e a cada um pertence em função de um título que o legitima ao exercício ativo e até mesmo coativo." (p. 84)

Não seria ativo um só dos sujeitos, pois o outro, no resguardo do seu dever, não deve ser menos ativo.

Afinal, o devedor dispõe de poderes jurídicos, exceções e ações próprias de sua posição, enquanto "há poderes ditos ativos de direito - (...) - de que nenhuma vantagem decorre, mas só encargos e trabalho sem rendimento nos propicia (...). Assim, como há obrigações (em sentido próprio) por cuja permanência e persistência regular em nossa própria esfera jurídica nos porfiamos e lutamos, tendo em vista as "vantagens" que de fato e de direito delas decorrem para nós." (p. 84)

É o próprio autor, por exigência de método, que arremata, de acordo com o que entende, não existirem, por lógica simbólica, outros modelos de situações jurídicas que não se reduzem às figuras:



6. CONCLUSÕES.

Não entendemos ser esta a sede para a repetição, em síntese, do que foi abordado em todo este trabalho. Ao leitor, não furtaremos a leitura.

Como o método de exposição que adotamos foi o da busca da fidelidade, e, daí, as transcrições, agora, só nos cabe apresentar nossas posições sobre o que ressaltamos como pontos que mereceram um nosso posicionamento expresso.

1. Entendemos que a relação jurídica "em sentido amplo", porquanto sejam as palavras símbolos, e esses podem ser defeituosos, não é, perfeitamente, enquadrada na relação minimal (pelo menos um sujeito diante de outro sujeito).
2. Relação há de existir, porém, entre termos - referente e relato - que não informam a relação minimal. A relação seria no sistema jurídico, pois "a norma só tem campo de incidência porque tem campo de validade."
3. A relação jurídica "em sentido amplo" (relacional e intersubjetiva) seria uma relação jurídica em potencial, ou por potência, ou por força, ou **à força**.
4. Há possibilidade de relação entre um conjunto unitário (1 possuidor, p. ex.) e um conjunto inumerável (população mundial), desde que se acolha um critério que informe a relação, como o da **conduta impenhável do exercício do direito possessório**.
5. Pensamos que, se no direito há apenas espaço para o relativo, não cabe uma causalidade absoluta.

6. Em direito, não há espaço para um objeto de "justa medida" ontológica. Pensar o contrário seria a eliminação do mundo exterior, o que significa desconhecer-lhe a causa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Trad. Antônio Ramos Rosa, Conceição Jardim, Eduardo Lúcio Nogueira et. al., 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, vol. VII (1982), vol. VIII (1984), vol. IX (1983), vols. XI e XIII (1984).
2. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1921, v. 1.
3. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.
4. FERRARA, F. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado - Editor Sucessor, 1987.
5. HEIDEGGER, Martin. *Conceptos Fundamentales*. Madrid: Alianza Editorial, 1989.
6. IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Trad. João Vasconcelos. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990.
7. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Mo-

- rujão. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
8. ——. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Afonso Bertagnoli, Rio de Janeiro: Ediouro.
9. ——. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel, Rio de Janeiro: Ediouro.
10. KELSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. México, DF: Imprenta Universitaria, 1958.
11. ——. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
12. POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.
13. ——. *Autobiografia Intelectual*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed., São Paulo: Editora Cultrix, 1986.
14. SÁ FILHO, João Parente Muniz. *Método Científico e Ciência do Direito*. Separata da Revista Symposium, V. 30, n. 1, 1988.
15. SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Metrópole Editora, 1936, v. 1.
16. SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como Vontade e Representação*. Trad. Heraldo Barbuy, Rio de Janeiro: Ediouro.
17. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMÁTICAS DOS AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS

Humberto Bruno de Almeida Ferreira
Advogado, acadêmico da Escola Superior da Magistratura
de Pernambuco (ESMAPE), mestrando pela Universidade
Federal de Pernambuco (UFPE).

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - PRINCIPAIS CORRENTES DO PENSAMENTO BIOÉTICO. 3 - CRISE DO DIREITO E AS NOVAS QUESTÕES EM APRECIAÇÃO; 3.1 - Crise do Direito; 3.2 - Testes Genéticos e o direito; 3.3 - Políticas Eugênicas e o direito; 3.4 - Banco de gametas e células-mãe. 4 - CORPO HUMANO COMO MERCADORIA. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Partimos para o pretense estudo lançando em reflexão as seguintes indagações: É lícito fazer tudo aquilo que é científica e tecnicamente possível realizar no contínuo progresso tecnológico da Medicina? A norma do que é eticamente correto deverá estar subordinada à eficiência científica¹? Seria possível o corpo humano tornar-se objeto de trocas em caráter mercantil? E mais, qual será o regime de proteção da proprie-

1.-CLOTET, Joaquim. Bioética desafio e atualidade. Revista Veritas, Porto Alegre, v. 35, n. 139, p. 362-363, set. 1990.

idade intelectual aplicado aos pesquisadores os quais tenham, por objeto de suas descobertas científicas, dados genéticos que têm implicações industriais ou comerciais? Trata-se de um direito semelhante ao autoral?

Observa-se que, através dos meios de comunicação, acompanhamos transformações científicas as quais relevam questões de ordem físico, morais, sociais e religiosas antes nunca postas a pleito na sociedade global, o que nos leva a perguntar os meios necessários para que haja critérios nesse desenvolvimento, ao passo que, a ética foi reintroduzida na vida pública no sentido de dirigir os progressos biomédicos, configurando-se essa com influência dos princípios de uma sociedade democrática, pluralista em suas concepções do bem e alheia ao domínio de um credo religioso determinado, fator de dinamismo renovador da práxis médica, a qual possui, como dado de investigação o seguinte princípio: a medicina nunca curou tanto como hoje, ao mesmo tempo, porém, seu exercício nunca foi tão conflitivo².

Essa nova concepção ética foi cunhada pela terminologia *bioethics* (bioética), nos Estados Unidos, pelo professor Van Rensselaer Potter, da Universidade de Winsconsin, ao escrever o livro *Bioethics: Bridge to the future*, em 1971; todavia, foi Andre Hellegers, da Universidade de Georgetown, fisiologista fetal, quem empregou o termo para aplicá-lo à ética da Medicina e Ciências Biológicas³.

2.-Ob. cit. p. 357.

3.-LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: Bioética e Biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990, p. 145.

Como uma nova modalidade de resolver os problemas éticos e morais gerados pelos avanços científicos, a Bioética não é uma disciplina definida e consolidada nem nos seus conteúdos nem nos seus limites, uma vez que se trata de um estudo interdisciplinar dos problemas éticos que se desenvolvem paralelamente ao progresso biológico e médico, pelo que, tentando delimitar seu conteúdo, podemos considerar como sendo aquela disciplina que pretende analisar e saber como a humanidade e, em particular, os agentes de saúde, devem atuar no campo da Medicina quando são debatidos e questionados problemas ou decisões referidas, principalmente, à fecundação, nascimento, morte e qualidade de vida. Inclui-se nesse âmbito uma lista não taxativa de temas como relacionamento médico-paciente, a comunicação da verdade, os direitos do paciente, a distribuição de recursos, a terapia genética, o uso de psicofarmacológicos, a experiência em seres humanos, transplantes de órgãos artificiais, eutanásia e outros.⁴

Assim, no que diz respeito ao campo de sua atuação, como um meio de tomada de decisão dos riscos éticos vinculados à utilização crescente de tecnologias que atingem diretamente a vida e a saúde humanas, vemos que a bioética surgiu da necessidade de enfrentar questões que exorbitam o campo estrito de indagação e alcançam dimensões éticas e jurídicas do desenvolvimento tecnológico em geral, visto que, o ser humano, pessoa ou coletividade, se tornou objeto de manipulação e passou a ser, a partir de agora, projeto, e não mais somente, sujeito de direito.

4.-CLOTET, ob. cit. p. 363.

2. PRINCIPAIS CORRENTES DO PENSAMENTO BIOÉTICO

Observa-se que, para dar fundamento teórico à bioética, vários estudiosos realçaram as suas concepções conceituais, destacando-se como principais correntes de pensamento a norte-americana, a alemã e a espanhola, as quais superficialmente passamos a apresentar⁵.

Na corrente norte-americana, a qual tem como principais expositores A. R. Josen e S. Toulmin, J.D. Arras e R. Rorty, defende-se que a racionalidade humana é assaz limitada e, em decorrência disso, nunca pode esgotar a realidade. Conseqüentemente, as tradições metafísicas que pretendiam dar um fundamento último e unitário à concepção humana são inviáveis, também o sendo as éticas metafísicas, restando portanto, as procedimentais a serem seguidas na solução dos conflitos éticos, denominada moral *triangulation*, em que juízos éticos prováveis são formulados perante todas as circunstâncias que concorrem nas situações concretas, levando em consideração as perspectivas e os interesses de todos os implicados. Dessa forma, as soluções dos conflitos não se alcançam pela simples aplicação de axiomas morais formulados *a priori* pela ética teórica, mas pelo critério convergente de todos os homens, expresso na forma de máximas práticas de atuação⁶.

No que diz respeito à corrente alemã, a qual tem como principais autores Jürgen Habermas e Karl Otto Apel, temos que a ética é inseparável da história concreta de cada sociedade ou cultura, analisando-se que a opinião das maiorias não é, sozinha, um procedimento adequado para tomada de decisões morais, sendo necessário fundar a moral sobre algo superior à simples racionalidade estratégica ou tática, a qual possui por objeto a defesa de um determinado grupo de pessoas. Tem-se que, como meio para fundamentar a ética procedimental, levar em consideração os interesses de todos os implicados na decisão, ou seja, os interesses gerais da humanidade, que Habermas denomina de "comunidade ideal de comunicação", devendo-se evitar o pacto estratégico de interesses puramente particulares, em prol de uma consideração mais ampla, na qual estejam representados todos os implicados os quais, ao final, se identificam com toda a humanidade presente e futura⁷.

Finalmente, a corrente espanhola, piamente defendida por Diego Gracia, Pedro Lain Entralgo, Xavier Zubiri, os quais entendem que o conteúdo formal da ética é trans-histórico ou transcendental, todavia, os conteúdos materiais da moral não, advindo disso a sua evolução; defendem que no terreno da ética há duas variáveis, esboço, que são as máximas morais transmitidas pela cultura e o sistema de referência de qualquer esboço, sendo esse imperativo categórico que nos impede de agir, respeitando a realidade da pessoa como um fim, e não apenas como um meio. Salienta-se que

5.- RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. A Problemática da bioética ou moral da vida. *Revista Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 476, nov., 1994, p. 26.

6.- Ob. cit. p. 26.

7.- Ob. cit. p. 26.

o esboço moral será tanto melhor quanto mais se ajustar ao sistema de referência; conseqüentemente, o esboço bioético ideal é constituído pelos princípios da não-maleficência e da Justiça, salvaguardando-se o princípio geral de que todos os seres humanos devem ser tratados com igual consideração e respeito, pelo que, os princípios da autonomia e da beneficência estão submetidos aos da não-maleficência e da Justiça, como o bem particular está submetido ao bem comum.⁸

Pelo exposto, observa-se que as discussões em torno da bioética existem apenas em relação a alguns países, encontrando-se ainda na fase embrionária na América Latina. Restam as associações profissionais, em especial as dos médicos e juristas, se pronunciarem em matéria da bioética e fixarem parâmetros comportamentais a respeito, pelo que, apresentamos superficialmente as principais correntes de pensamento no sentido de pôr em relevo recentes problemáticas; todavia, não pretendemos exaurir o tema.

3. CRISE DO DIREITO E AS NOVAS QUESTÕES EM APRECIÇÃO

3.1 Crise do Direito

As pesquisas científicas sobre o genoma humano, principalmente sobre diagnóstico e terapia gênicos, abrem amplas perspectivas à transformação do homem pelo homem, as quais exigirão cer-

8 - RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. Bioética, poder e direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 42, n. 175, set./out., 1994, p. 345/346.

tas escolhas da sociedade, o que já se reflete através das inquietações que hoje se desenvolvem em inúmeros países, os quais passaram a adotar uma reflexão ética sobre a tecnologia biomédica, bem como a legislar no sentido de impor limites às práticas médicas⁹; todavia, duas situações se acham presentes nesse primeiro momento de consciência social das conseqüências dos progressos tecnológicos na área médica. Em prima face, observa-se a diversificação das legislações, faltando pontos de referência globais para a problemática, visto que, a legislação impeditiva de uma prática médica considerada inaceitável num país não significa que a mesma não possa ser efetuada noutro, o que apenas legitimaria a prática da abusividade, bem como, numa segunda ótica, observamos que essas legislações ainda não alcançaram a totalidade dos países, mas apenas alguns industrializados, o que nos faz preocupar, principalmente, pela possibilidade de favorecimento procedimental de práticas experimentais consideradas antiéticas, e com dimensões incalculáveis, como seria a clonagem do ser humano, em países subdesenvolvidos, onde o poderio econômico, por vezes, supera o grau de importância ética da prática científica.

Por outro lado, tem-se que o ser humano, antes apenas considerado sujeito de direito, transformou-se em objeto de direito, quando, por exemplo, há a possibilidade de se patentear a descoberta da seqüên-

9 - KUTUKDJIAN, Georges B. A Unesco e a bioética. *Revista Correlio da Unesco*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, p. 23, nov. 1994.

cia dos genes constitutivos de órgãos, ou células..., fato esse cogitado e dentro da realidade da comunidade científica, o que nos faz relevar a quebra de caducos conceitos e antropologias que serviam de parâmetro preliminar para o Direito¹⁰. Assim, a bioética passou a ser uma poderosa aliada da ciência jurídica, visto que exerce o papel questionador, como campo multidisciplinar da ética biomédica, servindo de referência para a ação jurídica em situações imprevistas e, em geral, imprevisíveis, como ocorreu com a questão do anonimato do doador de órgão e esperma, a legitimação da inseminação heteróloga, a proteção na eficácia do contrato de mãe substituta e outros.

O ineditismo das situações denota o fracasso das normas pré-elaboradas para reger os fatos, cabendo aos juristas, em crescente criatividade casuística, redescobrir a perspectiva jurídica diante dessas progressivas inovações no campo científico. Dentro desse âmbito, surgem certas questões e devemos nos indagar até onde o jurídico poderá se sobrepor ao ético, dando-se, por exemplo, as possibilidades decorrentes do crescente avanço nos testes genéticos como: a detecção genética deve ser proposta ou imposta às populações ditas de risco? Deve ser incluída nos exames pré-nupciais ou fazer parte do diagnóstico pré-natal? Deve-se promover a doação de gametas ou a implantação de embriões *in vitro*?¹¹.

3.2 Testes Genéticos e o Direito

Observa-se que para desenvolver a questão supra, devemos esclarecer que os testes genéticos existem em dois tipos, um visando a revelar gene que, em grau elevado de certeza, provocará doença hereditária, e outro, que aponta a susceptibilidade a certas doenças em caráter probabilístico.

Parece-nos, *a priori*, que a imposição dos testes genéticos às populações ditas de risco atingiria a proteção à incolumidade corporal dos indivíduos, bem como o direito à intimidade, visto que esses testes podem mapear as várias gerações posteriores ao indivíduo. Por outro lado, podemos relevar que, principalmente, para os diversos sistemas de saúde implantados nos países, a detecção de uma doença latente, de forma prévia, reduziria o risco de morte do indivíduo, bem como o custo desse para o órgão assistencial hospitalar do país; ganharia, assim, conotação de interesse social aquele teste genético, ficando o registro e o caráter confidencial de seus resultados cedo ou tarde questionáveis. No entanto, nos convencemos, cada dia, que esse tipo de argumentação esconde nas suas entrelinhas um grande interesse econômico das seguradoras médicas e outros setores diretamente interessados, pelo que, poderia se tornar parâmetro de medição do valor contratual do seguro.

No que diz respeito à possibilidade de exigência do teste genético nos exames pré-nupciais ou no pré-natal, parece-nos que o ponto mais relevante da questão é saber se haverá obrigatoriedade ao exame, visto

10.- LEITE, ob. cit. p. 148.

11.- KUTUKJIAN, ob. cit. p. 23.

que sendo facultativo, tanto no primeiro caso, quanto no segundo, a escolha é o meio legitimador daquele, não cabendo, ao nosso ver, a possibilidade de obrigatoriedade ao exame.

Finalmente, no que diz respeito à doação de gametas ou à implantação de embriões *in vitro*, a problemática não está nessas possibilidades e, sim, em relação aos embriões excedentes da inseminação artificial. A Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que é o código de deontologia médica do Brasil, no seu artigo 2º, refere-se à impossibilidade de descarte ou destruição do pré-embrião, ao passo que, seu artigo 3º permite aos cônjuges ou companheiros expressar a sua vontade quanto ao destino que será dado aos preembriões criopreservados, o que gera a incerteza de sua aplicação, denotando-se manifesto desconhecimento de técnica legislativa do Órgão, ou um aperfeiçoado meio de se exaurir da responsabilidade decorrente do ato; em todo caso, fica clara a necessidade de uma legislação mais eficiente de caráter legal, e não estatutária.

Ademais, observa-se que dentro do direito pátrio a pessoa só adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida, não adotando, o direito nacional, a teoria conceptualista; todavia, ressalva-se na mesma legislação civilista, que os direitos do nascituro são protegidos, com a possibilidade de nomeação de curatela, o que nos faz indagar se o procedimento de descarte de pré-embrião é defeso na nossa legislação, problemática essa que, pelo seu necessário aprofundamento, foge aos limites do nosso estudo.

No contexto apresentado quanto aos testes genéticos, no sentido de apresentar demais problemáticas, apresentamos outras questões nesse campo a título de ilustração, como por exemplo, referentes ao direito, ou dever de prevenir os parentes próximos ou descendentes da probabilidade de desenvolvimento de doença constatada na árvore genética da pessoa; ou indagações como: a medicina do trabalho deve solicitar a comunicação dos resultados de testes genéticos? por quanto tempo será necessário conservar as informações genéticas e como garantir o seu caráter confidencial? quem tem o direito de revelar ou ocultar informações que freqüentemente se referem a famílias inteiras?¹² se o indivíduo, uma vez que pode preferir se informar sobre o seu futuro genético, também pode se recusar a conhecê-lo? deve-se ou não obrigá-lo a tomar ciência dos resultados dos testes genéticos?

De tudo que foi exposto nesse item, só devemos ressaltar que o direito deve exercer seu papel nesse campo órfão de legislação competente, visto que, com a sua ausência, os direitos fundamentais individuais acham-se desprotegidos. É importante que o indivíduo possa exercer o seu livre arbítrio, bem como lhe deve ser assegurado que qualquer informação, que talvez transforme a sua vida e lhe imponha novas responsabilidades, não o exponha a discriminação.

3.3. Políticas Eugênicas e o Direito

Cabe-nos refletir, quanto às possíveis políticas eugênicas, as seguintes assertivas: se os atuais traba-

12. Ob. cit. p. 24.

lhos genéticos possibilitam a pesquisa dos genes relacionados ao comportamento humano como, sexualidade, talentos, capacidades, ou até aos seus desvios, isso poderia ocasionar um reducionismo genético que definiria o indivíduo apenas em função do seu genoma, ou poderia conduzir à estigmatização social, à exclusão e eliminação de certos indivíduos ou grupos de indivíduos, o que resultaria em si a deflagração das políticas eugênicas, ao passo que, indagamos, que limites se devem impor à disponibilidade do material genético humano? Será melhor reservá-lo apenas aos fins terapêuticos, como os xenotransplantes, e excluir qualquer outra finalidade? Nesse caso, que legislações devem ser previstas?¹³

A questão posta em tela não é de fácil solução, visto que as discussões a respeito do progresso biomédico no campo jurídico se encontram ainda no início, mas podemos ressaltar que os princípios constitucionais que protegem os direitos individuais fundamentais servem-nos de parâmetro para a delimitação do campo da prática médica genética, pelo que, quando essa venha a pôr em perigo a intimidade, proteção à pessoa, nessa entendendo-se a sua constituição genética e a sua diversidade como ser, deverá ser defesa na legislação competente a prática abusiva, ou, na sua falta, ser defesa por afronte à Constituição, no caso do Brasil.

Acrescenta-se, ademais, que o ser humano, na concepção assentada no direito ambiental, faz parte do meio ambiente, bem como merece ter garantida a sua

13.- Ob. cit. p. 24.

preservação, ao passo que, a Constituição Republicana de 1988 do Brasil, no seu artigo 225, §1º, inciso II, assegura a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, incumbindo ao poder público a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, já que, qualquer política de eugênia no país pátrio estaria desrespeitando princípios constitucionais todos concretizantes do princípio estruturante do inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, qual seja, a proteção à dignidade da pessoa humana.

3.4 Bancos de gametas e células-mãe

Com o desenvolvimento da Engenharia Genética, já se acha possível o armazenamento de gametas e células-mãe para a eventual utilização no futuro, para autotransplante e outros fins. Vê-se tal procedimento, principalmente, quando jovens, sofrendo de câncer, têm que se submeter a tratamento radioterápico, ou quimioterapias, e desejam assegurar a possibilidade de terem filhos no futuro, e para tanto, recorrem ao armazenamento de gametas no sentido de utilizarem a técnica de fecundação *in vitro* na época adulta; todavia, a problemática surge quando se analisa a responsabilidade das formas de conservação do produto humano, bem como os critérios de acesso aos bancos em questão.

Observa-se que, com exceção dos casos médicos, conforme exemplo citado, o que se tem armazenado são produtos humanos os quais, postos em disponibilidade sem o controle necessário, expõem o doador e a

sua intimidade genética. Pergunta-se, então: o quanto deverá ser preservada a intimidade do doador do produto armazenado? quais são os meios e requisitos de acesso ao produto armazenado? ademais, o corpo humano é valor ou mercadoria?

Desde já se observa o caráter pragmático das questões supra, visto que emergem pontos filosóficos e sociais que se particularizam de acordo com os valores sociais existentes em cada país, os quais, relevamos no sentido de expor as controvérsias teóricas que os juristas enfrentarão num futuro próximo, ao arrimo da Bioética; todavia, ressaltamos que as inovações no campo da biomedicina não podem justificar a queda de um princípio moral e jurídico em caráter fundamental: a recusa em considerar o corpo humano como objeto de propriedade e de comércio.¹⁴

Sobre esse princípio é que se constitui, através de idéias e de ações, grande parte da civilização moderna, do *habeas corpus* à abolição da escravatura, do direito à saúde, da emancipação da mulher; logo, tem-se que tal princípio pode ser uma das bases para que cada qual se reconheça como parte do gênero humano, ao passo que sua violação nos causaria séculos de retrocesso. Por isso, as regras jurídicas, ainda que integrando os avanços científicos, poderão opor-se aos mesmos mantendo certas categorias clássicas, ou definindo novas categorias suficientemente aptas a garantir a permanência do primado da pessoa humana¹⁵, dentre

elas, a reclassificação, ou recusa de concessão de direitos autorais aos pesquisadores que têm por objeto de pesquisa material genético humano, visando a práticas comerciais e industriais, devendo esse ser declarado propriedade global da humanidade.

4. CORPO HUMANO COMO MERCADORIA

Com muita propriedade sobre o tema, podemos expor a distinção entre o homem e propriedade elaborada por Kant, a qual, aparentemente, deveria ter sido absorvida como patrimônio da nossa cultura, por ele enunciada nos seguintes termos "O homem não pode dispor de si mesmo, porque não é uma coisa; nem é propriedade de si mesmo, pois seria contraditório. De fato, na medida em que ele é pessoa, ele é sujeito, ao qual pode caber a propriedade de outras coisas. Mas se fosse propriedade de si mesmo, seria uma coisa, cuja posse poderia reivindicar. Ora, ele é pessoa, o que é diferente de propriedade, e portanto não é coisa cuja posse lhe caiba reivindicar, pois é impossível ser, ao mesmo tempo, coisa e pessoa, e fazer coincidir o proprietário e a propriedade. Baseado nisso, o homem não pode dispor de si mesmo. Não lhe é permitido vender um dente ou um pedaço de si mesmo".¹⁶

Todavia, observa-se que o mercado de órgãos é uma realidade em muitos países, pelo desequilíbrio existente entre a exigência de órgãos para transplantes e a sua dis-

14.- BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, p.167, set., 1993.

15.- LEITE, ob. cit. p. 159.

16.- KANT, I. *Lezioni di etica*, Bari, Laterza, 1991, pp. 189 apud BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, p. 173, set., 1993.

ponibilidade ou, como já afirmado por alguns, entre a oferta e procura, apesar das doações existirem. Nesse contexto, observa-se que a grande maioria dos casos de doentes que hoje precisam de transplante poderiam ter evitado essa situação pela tomada de medidas preventivas, mas, com majoração bastante alta de recursos nos tratamentos, os quais dependeriam de alta tecnologia, o que impossibilitaria essa alternativa para a maioria dos doentes; logo, resta, como última alternativa a beneficência de outrem através da doação do órgão.

Diante de tal fato, não fica difícil imaginar que a comercialização dos órgãos humanos iria se tornar um negócio lucrativo haja vista aqueles que tivessem emergência e disponibilidade financeira para custear o procedimento, já que o mercado existe com uma constante característica: os órgãos sempre são retirados de pessoas pobres e utilizados em pessoas ricas, de países ricos. Não há qualquer exemplo em sentido contrário¹⁷, portanto, vemos que tanto a sacralidade do corpo, conforme princípios religiosos, quanto o seu direito à integridade e intangibilidade, defendidos no direito natural, cederam ao princípio mercantil econômico da oferta e da procura, o que fez um dos expoentes da bioética norte-americana, Engelhardt Jr, sustentar a moralidade da venda e, portanto, da compra de órgãos de pessoas vivas, afirmando: "É possível que certas interpretações do princípio de beneficência e certos pressupostos de fato acerca do risco de exploração de indi-

víduos levem a crer que a venda de órgãos dará resultados moralmente indesejáveis. Mas as liberdades gerais de associação e de uso dos recursos particulares devem proteger tais práticas sob o aspecto moral, embora conflitantes com os postulados gerais dos costumes ocidentais (...) Já que vender-se livremente a outrem não implica violação do princípio da autonomia, essas trocas, baseadas em tal princípio, devem ser abrangidas pela esfera protegida da privacidade dos indivíduos livres. Além disso, se alguém se vender por preço justo e em condições adequadas, supõe-se que seja possível levar ao máximo o saldo ativo de benefícios em face dos prejuízos"¹⁸, porém, não deixando claro o que seria preço justo ou adequado dentro de sua ótica de moralidade.

Outrossim, no sentido de realizar uma releitura nas possibilidades das afirmações acima aduzidas, ressaltamos que a justificativa da compra e venda de órgãos humanos resultaria em um elemento de contínua tradição entre os países ricos e pobres. A procura do bem-estar progressivo é um fato que os países centrais ocidentais vêm alcançando não só pela aptidão própria, mas também pela busca em outras partes do mundo, na América, na África, e assim por diante. Na atualidade, pergunta Paul Kennedy (1953) o que podem fazer os países pobres ao mercado mundial? Mão-de-obra barata?¹⁹. É o que hoje acontece, todavia, com o seu va-

18. ENGELHARDT JR., HT. Manuale di bioetica, Milano: Il Saggiatore, 1981 apud BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor?. *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, p. 173, set., 1993.

19. BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor?, *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, p. 179, set., 1993.

17. GARRAFA, V. Usos e abusos do corpo humano. *Saúde em debate*, n. 36, out., 1982 apud BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, p. 172, set., 1993.

lor diminuído pela constante evolução dos autômatos; os alimentos e produtos vegetais ainda são importados, porém, as revoluções biotecnológicas e a Engenharia Genética permitirão a sua produção em outras formas e com maior aproveitamento. No entanto, a única produção que ainda prossegue em ritmo acelerado no Sul do planeta é outra: a produção de populações humanas²⁰. Visto que os órgãos ainda não se mostram substituíveis por outros produtos e são objeto de constantes procuras, esse é um campo que pode se assegurar para que haja a manutenção da qualidade de vida dos indivíduos integrantes dos países ricos, podendo expandir até para outros setores.

Parece-nos um pensamento um tanto catastrófico, mas não podemos duvidar das possibilidades diversas que advêm da aceitabilidade do comércio de órgãos; ademais, legitimar e estender o mercado de órgãos levaria a desacreditar as doações, lançando uma sombra em todos os transplantes e, portanto, agravaria o desequilíbrio entre a necessidade e disponibilidade imediata de órgãos. Já foram aprovadas em muitos países como, na Inglaterra, através do *Organ Transplantation Bill*, na França, na Rússia e em alguns países da América Latina, leis que proíbem a compra e venda de órgãos²¹.

No país pátrio, a retirada sem autorização de órgãos de pessoas vivas, promovida por traficantes, é uma realidade. Em consequência, foi apresentado projeto de lei pelo Deputado Alberto Fraga (PMDB-DF), com a proposta de incluir o citado crime na lista de crimes he-

diondos, tendo a mesma sido aprovada pela Comissão de Seguridade Social, encontrando-se, agora, em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, ao passo que, havendo aprovação, quem retirar, ou tentar retirar órgão, ou tecido de uma pessoa viva, sem autorização, pode pegar de 15 anos a 20 anos de prisão; se a vítima falecer, tal pena será aplicada na ordem dos 20 a 30 anos²²; observa-se, também, que a proposta de lei prevê penas para quem encomendar, negociar ou contribuir de alguma forma para a retirada do órgão, punindo, dessa forma, aquele que propõe a diligência mercantil.

Salienta-se que a proposta de lei apresentada, se aprovada pelo Congresso Nacional, representará um importante passo no combate ao tráfico de órgãos existente no país, bem como demonstrará a escolha do legislador nacional no sentido de coibir a prática mercantil das partes humanas em geral como, órgãos, produtos geneticamente produzidos e outros, bem como o de reconhecer patente dos mapeamentos dos genes humanos, pois ao contrário, em caráter mediato, estaria se reconhecendo a comercialidade daqueles.

Por fim, salienta-se também que há projeto de lei na Câmara dos Deputados no sentido de regulamentar dispositivos constitucionais relativos a coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação de sangue humano, o qual será examinado pela Comissão de Assuntos Sociais, visando à fiscalização e vedação do comércio de sangue²³, permitindo dessa forma, acesso

20.- BERLINGUER, ob. cit. p. 179.

21.- idem p. 188.

22.- Revista CONSULEX, Leis & Decisões, v. II, n. 44, ago/2000, a. 4, p. 20.

23.- Ob. Cit. p.20.

de todos a esse benefício, indiscriminadamente, o que nos faz ressaltar a escolha do legislador pátrio.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Prática Jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (A Convenção Europeia dos Direitos do Homem). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 746, p.11-45, mar., 1998.
2. BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, set., 1993.
3. CLOTET, Joaquim. Bioética desafio e atualidade. *Revista Veritas*, Porto Alegre, v. 35, n. 139, set., 1990.
4. CUYÁS, Manuel S.J. Dignidade da pessoa e estatuto do embrião humano. *Revista Cultura e Fé*, Porto Alegre, v. 12, n. 48-49, jan/jun, 1990.
5. ———— Perspectivas históricas e actuais para uma ética da vida. *Brotera Cultura e Informação*, Lisboa: v. 135, n. 4, out., 1992.
6. ENGELHARDT JR., HT. *Manuale di bioetica*. Milano: Il Saggiatore, 1991.
7. GARRAFA, V. Usos e abusos do corpo humano. *Saúde em debate*, n. 36, out., 1992.
8. KANT, I. *Lezioni di etica*, Bari: Laterza, 1991, p. 189.
9. KUTUKDJIAN, Georges B. A Unesco e a bioética. *Revista Corréio da Unesco*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, nov. 1994.
10. LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: Bioética e Biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Ruy, 1990.
11. PINTASILGO, Maria de Lourdes. A Bio-ética e os países em desenvolvimento. *Brotera Cultura e Informação*. Lisboa, v. 140, n. 1, jan., 1995.
12. REVISTA CONSULEX, Leis & Decisões, v. II, n. 44, a. 4, p. 20, ago.2000.
13. REVISTA PROBLEMAS BRASILEIROS, São Paulo, v. 33, n. 315, mai./jun., 1996.
14. RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. A Problemática da bioética ou moral da vida. *Revista Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 476, nov. 1994.
15. ———— Bioética, poder e direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 42, n. 175, set./out., 1994.

RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS¹

Inês Cristina Selbmann.

Mestranda em Direito Privado na Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, obtendo a maior média entre os concluintes. Professora de Direito Civil da AESO - Ensino Superior de Olinda. Juíza de Direito Substituta da Paraíba.

SUMÁRIO

1 - TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS. 3 - POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO A LEGITIMIDADE DA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. 4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 - TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS

O Código do Consumidor brasileiro, reconhecida-mente um dos mais avançados do mundo, nitidamente agasalhou, em seu art.14, *caput*, a teoria objetiva, para responsabilizar o fornecedor de serviços, independente-

1 Palestra proferida em 30.03.00, no Encontro Nacional de Responsabilidade Civil, realizado no Centro de Convenções da Universidade Federal de Pernambuco, Recife-PE, de 30 de março a 01 de abril do ano 2000.

mente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeito na prestação do serviço, ou, então, pelos danos decorrentes de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Não se trata de presunção de culpa, como entendem alguns autores, pois o citado dispositivo afirma expressamente que a responsabilidade independe da existência de culpa. Excluiu-se, assim, a culpa dos pressupostos emergentes do dever de indenizar nas relações de consumo.

Acolhendo os postulados da responsabilidade objetiva para responsabilizar o fornecedor, o Código do Consumidor garantiu à vítima ser ressarcida pelos danos sofridos em razão de um defeito na prestação do serviço, sem que para isso seja obrigada a provar a culpa do responsável. Não se precisa provar a culpa, pois ela é irrelevante, basta provar o nexo de causalidade existente entre o defeito na prestação do serviço e o dano experimentado pelo consumidor, para que surja o dever de indenizar, que só poderá ser ilidido se ficar provada a existência de uma das excludentes elencadas no § 3º do mencionado dispositivo legal.

A responsabilidade objetiva não significa que o fornecedor tenha que responder por todo e qualquer dano sofrido pelo consumidor, pois a teoria do risco adotada no sistema jurídico brasileiro é a teoria do risco mitigado, parcial, que admite causas excludentes de responsabilidade. Assim, se o fornecedor desejar eximir-se da obrigação de indenizar o dano experimentado pelo consumidor deverá provar que inexistiu defeito na prestação do serviço ou, então, que o dano decorreu da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Embora o Código do Consumidor tenha acolhido, como regra, a teoria objetiva, para responsabilizar o fornecedor pelo fato do serviço, quanto aos profissionais liberais adotou a teoria subjetiva, segundo a qual só serão responsabilizados pelos danos se atuarem com culpa. É o que dispõe o § 4º do art. 14 ao dizer que: "*a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*". Da leitura desse dispositivo verifica-se que "o Código submete a responsabilidade dos profissionais liberais ao princípio da culpa, sujeitando-os, portanto, às prescrições do direito comum."²

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS

Tratando-se de prestação de serviços públicos, preceitua o art. 22 que o Poder Público, direta ou indiretamente, é obrigado a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Em caso de descumprimento dessas obrigações básicas, poderá o consumidor, nos termos do parágrafo único do art. 22, exigir judicialmente que elas sejam cumpridas e, ainda, exigir a reparação dos danos experimentados. Esse dispositivo permite expressamente a cumulação do pedido para compelir a pessoa jurídica prestadora do serviço público a cumprir com o dever de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos, com o pedido de ressarcimento dos prejuízos causados ao consumi-

² BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor. Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 72.

dor. Tratando-se de reparação dos danos causados, a responsabilidade independe da existência de culpa, conforme determina expressamente o art. 14 do CDC.

Árdua é a tarefa do intérprete em proceder à interpretação do art. 22, que prevê a continuidade dos serviços essenciais de consumo, pois trata-se de um dispositivo polêmico e que não poderá ter uma interpretação meramente literal, sob pena de conduzir a situações absurdas e inaceitáveis. De fato, um tema por demais controvertido, sobre a responsabilidade civil na prestação dos serviços públicos, versa sobre a continuidade dos serviços considerados essenciais. O primeiro problema a ser superado refere-se ao conceito de essencialidade e o segundo diz respeito à exigência legal da sua continuidade.

O Código do Consumidor não disse o que entendia por "serviços essenciais", e o tema, na prática, vem suscitando aceso debate. Parece-nos mais razoável sustentar que a essencialidade, prevista aqui no art. 22, há de ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em uma sociedade de consumo. Incluindo-se não somente os serviços públicos *stricto sensu*, mas também os serviços de utilidade pública, como os de transporte coletivo, telefone, energia elétrica, água, gás e correio. O conceito de essencialidade é mutável, conforme evoluam as necessidades da sociedade de consumo.

Partindo do pressuposto de que todos os serviços públicos são essenciais, quando indispensáveis à vida em uma sociedade de consumo, resta discorrer sobre a exigência legal da sua continuidade. A continuidade dos serviços essenciais deve ser entendida no sentido

de que tais serviços não podem deixar de ser ofertados à sociedade de consumo. Os serviços essenciais devem ser contínuos, isto é, deve haver a permanência em sua prestação, de modo que, se esse serviço está sendo prestado pela Administração Pública, direta ou indiretamente, não pode ser simplesmente interrompido, de uma hora para outra, ou seja, não pode deixar de ser prestado à sociedade de consumo, a não ser que seja em razão de fortuito ou força maior, excludentes clássicas da responsabilidade civil.

Com efeito, a continuidade dos serviços essenciais significa dizer que o consumidor não pode ser despojado, sem mais nem menos, de um serviço essencial que vinha usufruindo. Agora, na hipótese de inadimplemento do consumidor em efetuar o pagamento do respectivo consumo, pode haver o corte do fornecimento do serviço. A gratuidade não se presume e o fornecedor do serviço não pode ser compelido a prestar serviços públicos ininterruptos se o consumidor, em contrapartida, deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento.

3. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO À LEGITIMIDADE DA SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS

A possibilidade da suspensão do fornecimento de serviços considerados essenciais, indispensáveis à vida em uma sociedade de consumo, tais como a água, o telefone e, sobretudo, a energia elétrica, nas hipóteses

de inadimplência do consumidor, tem suscitado acirradas divergências e a jurisprudência pátria se divide, quanto à legitimidade dessa suspensão.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é defeso à concessionária de energia elétrica interromper o fornecimento do serviço, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso, dizendo tratar-se de exercício arbitrário das próprias razões, que não pode substituir a ação de cobrança, havendo, portanto, ilicitude no corte do fornecimento. No mesmo sentido, há quem entenda que o corte no fornecimento de energia elétrica constitui forma de coação, não podendo ser adotado como instrumento para compelir o consumidor inadimplente ao pagamento das tarifas atrasadas.

Entretanto, parece razoável afirmar que a suspensão do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento das tarifas atrasadas em nada fere o princípio da continuidade dos serviços essenciais estabelecido no Código de Defesa do Consumidor. A suspensão é legítima, quando o consumidor deixa de efetuar o pagamento do respectivo consumo. Entendemos que, nessa hipótese, não se trata de exercício arbitrário das próprias razões, muito menos de coação, mas de um ato lícito, legítimo, praticado no exercício regular de um direito reconhecido, e mesmo que venha a causar algum dano, não haverá qualquer responsabilidade, por se tratar de um procedimento permitido pelo ordenamento jurídico. É evidente que a concessionária não pode ser obrigada a continuar fornecendo o serviço, indefinidamente, ao consumidor inadimplente. Até porque a prestação de serviço trata-se de um contrato

bilateral, o qual cria obrigações recíprocas entre as partes contratantes. De modo que a prestação de cada uma das partes tem como causa e razão de ser a prestação do outro contratante. Aquele que não satisfaz a própria obrigação não tem direito de reclamar o cumprimento por parte do outro contratante.

Por outro lado, a não permissão, por nossos Tribunais, da suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor inadimplente, além de agasalhar uma situação de inadimplemento, poderá perfeitamente, inclusive, estimular outras demandas de mesma natureza. Comprometendo, até mesmo a própria manutenção do serviço pela concessionária, em virtude dos prejuízos econômicos que viria a sofrer, pois o fornecimento da energia elétrica implica gastos pela concessionária e, se ela não receber a contraprestação pelo serviço prestado, como poderá continuar apta a fornecer os seus serviços a toda a sociedade de consumo? Com efeito, se houver a imposição do fornecimento, mesmo sem a contraprestação pontual, só restará a cobrança judicial e a concessionária, para exigir a satisfação dos seus créditos, terá que ajuizar uma ação judicial por mês. Momento em que o sistema de serviço entrará em colapso, e o prejuízo será para toda a sociedade de consumo, uma vez que não mais haverá o oferecimento do serviço.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, parece razoável afirmar que, indiscutivelmente, o sistema da responsabilidade civil deverá assegurar ao consumidor a máxima tutela. Entretanto,

será necessário penetrar na própria *ratione essendi* do Código de Defesa do Consumidor, para se concluir que essa proteção não poderá chegar ao extremo de não se admitir a suspensão do fornecimento do serviço ao consumidor inadimplente pois, se assim fosse, estar-se-ia abrindo larga porta para o inadimplemento, contrariando, portanto, a própria finalidade a que se destina o Código de Defesa do Consumidor, que é o restabelecimento do equilíbrio, da igualdade material entre as partes figurantes da relação de consumo, não o desequilíbrio e, muito menos, servir de instrumento para favorecer a inadimplência. Ora, não se pode admitir uma interpretação que conduza a uma situação contrária à própria finalidade da lei.

Portanto, entendemos que a falta de pagamento do respectivo consumo, por ser legítima em razão da inadimplência, autoriza não só a sua cobrança executiva, mas também a suspensão no fornecimento. Não podemos afirmar que essa seja a interpretação correta, mas entendemos ser a mais coerente, a mais razoável. "A interpretação pode sempre mudar quando se reconheça errônea ou incompleta. Como toda a obra científica, a interpretação progride, afina-se."³ A interpretação deverá ser razoável, de modo a alcançar a efetiva proteção dos consumidores, proporcionando uma igualdade material e, não apenas formal, entre os dois principais protagonistas da relação de consumo, que são o fornecedor e o consumidor.

³ ANDRADE, Manuel A Domingues de. *Teoria da Interpretação das Leis*. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1966. p. 31.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ALVIM, Thereza et ali. *Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- 2 ANDRADE, Manuel A Domingues de. *Teoria da Interpretação das Leis*. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1966.
- 3 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- 4 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz B. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- 5 CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. *Responsabilidade Civil Por Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- 6 DENARI, Zelmo, et ali. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6.ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- 7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

- 9 NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.
- 10 OLIVEIRA PINTO, João Augusto Alves de. *A Responsabilidade Civil do Estado-Fornecedor de Serviços ante o Usuário - Consumidor*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997
- 11 RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. 14.Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.
- 12 SOUZA, James J. Marins de, et ali. *Código do Consumidor Comentado e Legislação Correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- 13 OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção de Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO.

José Carlos Arruda Dantas

Procurador do Estado de Pernambuco. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Foi monitor de Direito Civil I e aluno da ESMAPE.

Neste pequeno artigo, ciente de nossas limitações pessoais, buscaremos examinar, após tecer algumas considerações acerca da pena de multa, no caso específico do Estado de Pernambuco, a problemática da efetivação dessa pena, máxime após o advento da Lei n.º 9.268/96, cotejando-a com os dispositivos da Lei Estadual n.º 11.687, de 18 de outubro de 1999.

A Lei n.º 9.268/96, ao dar nova dicção ao art. 51 do Código Penal - CP, provocou o reexame de diversos temas referentes à pena de multa. Isso se dá porque o Código Penal é um sistema conjugado de normas, e a transformação de uma delas acarreta imediatas repercussões no seu bojo.

O art. 51 do CP passou a ter a seguinte roupagem: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as

normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". [grifo nosso]

A manutenção da multa como sanção penal está clara, pois o legislador buscou, com as modificações trazidas, proporcionar uma maior eficácia à sua cobrança. Assim, à evidência, a multa como reprimenda penal continua prevista, não apenas na Constituição da República (art. 5º, XLVI, 'c'), como na norma – não revogada – do art. 32 do CP, a qual relaciona as hipóteses de penas.

Outro não foi o objetivo da mencionada reforma, como se depreende do corpo da mensagem enviada pelo Ministro da Justiça, de n.º 785, a qual originou a Lei n.º 9.268/96 e foi publicada no Diário do Congresso Nacional na p. 19.427, em 24.08.95, que dispunha o seguinte:

'Dando seqüência à reforma da legislação penal, submeto a Vossa Excelência o incluso projeto de Lei que visa à cobrança de multa criminal, afastando obstáculos que, presentemente, têm conduzido à prescrição essa modalidade de sanção.

Com efeito, a execução da multa criminal deve ser revigorada através de procedimento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. A sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o fundo penitenciário, instituído pela Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994, e regulamentado pelo

Decreto 1.093, de 23 de março de 1994 (...). Com a proposta ora apresentada, a multa readquire o seu vigos institucional e passa a figurar entre as medidas eficientes de combate à criminalidade patrimonial, principalmente a de natureza astuciosa, que ofende não somente bens jurídicos particulares, como interesses coletivos relevantes, como os ligados à Administração Pública'.

Em sua origem, a multa continua tendo o caráter de pena, mas sua forma de cobrança tem, hoje, o caráter civil ou extrapenal, a ser impresso na execução.

Tal modificação, anote-se, não é totalmente estranha à situação anterior, uma vez que a Lei de Execução Penal – LEP (Lei n.º 7.210/84) em seu art., 164, § 2º, dispunha que após a penhora, a execução da multa proceder-se-ia nos termos da lei processual civil, podendo, inclusive, haver a remessa dos autos ao Juízo cível (art. 165).

Se anteriormente já se admitia o trâmite da execução da multa em Juízo não criminal e tal fato não causava "inegáveis transtornos nos vários incidentes da execução penal", como se tem argumentado a contrário senso, por que haveria agora de causar espanto ou outras conseqüências?

A pena de multa pecuniária, imposta no Juízo Criminal como sanção secundária, mantém íntegros os seus efeitos próprios, decorrentes da sentença penal condenatória, sendo o *quantum* estabelecido traduzido como dívida de valor, na medida em que adquire características de dívida atualizável a todo tempo e corrigida no momento de seu resgate. E, como tal, porque

só se torna executável após o trânsito em julgado da sentença que a impôs e caso o devedor, notificando nos próprios autos, não pague, ou não requeira o parcelamento ou o desconto em seu salário, é que será feita sua inscrição em dívida ativa, tendo como legitimado exclusivo para a cobrança no foro extrapenal da Fazenda Pública, conforme se demonstrará.

O legislador não alteraria a lei para que tudo ficasse como antes. Seria uma contradição inominável. Portanto, a alteração do art. 51 do Código Penal imposta pela lei 9.268/96 mostra coerência pois, ao mesmo tempo em que o legislador vedou a conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade, deu-lhe carácter de dívida de valor de natureza civil.

A reforma não alterou a substância jurídica ostentada pela multa que permanece na esfera repressiva penal. O legislador procurou apenas esclarecer que a pena deverá ser considerada como dívida de valor. A multa imposta em sentença criminal condenatória é considerada dívida de valor, devendo, por conseguinte, ser cobrada segundo a Lei n.º 6.830/80.

Como se vê, o não recolhimento espontâneo da pena de multa transfigura-a, *ex vi legis*, em dívida de valor.

Segundo o professor Arnold Wald, dívida de valor é aquela em que *"o débito não é de certo número de unidades monetárias, mas do pagamento de uma soma correspondente a certo valor. A moeda, nesse caso, não constitui o objeto da dívida, mas uma simples medida de valor. A dívida é um quid e não de um quantum, representando um valor correspondente a*

*um bem determinado e não certo número de unidades monetárias"*¹

*Soilbelman, também, a conceitua como a "dívida na qual o objeto não é o dinheiro como dinheiro, mas o dinheiro como meio de medida de um valor patrimonial que ele representa no momento da conclusão do contrato. Se houve desvalorização do dinheiro no decorrer do contrato, o credor já não receberá o valor que ele pretendeu ao contratar. Daí a aplicação da correção monetária, correção do valor objeto do contrato. A dívida de valor seria o posto da dívida pecuniária. Nesta o dinheiro é o meio de pagamento, pouco importando sua desvalorização"*²

Partindo dessa premissa, ou seja, de que a multa penal é dívida de valor, sua cobrança depende de liquidação, a fim de que os dias-multa impostos pela sentença criminal sejam transformados em valor representativo da moeda corrente, aplicando-se, ainda, a correção monetária. Tal liquidação é efetuada quando da inscrição da dívida (art. 2º, § 3º da LEF). Nesse ato há a transfiguração do carácter da pena em dívida de valor.

Posteriormente, será formalizada a respectiva Certidão de Dívida Ativa - CDA, que deverá instruir a petição inicial da Execução Fiscal (art. 6º, § 1º da LEF) A inobservância de tais exigências conduz inexoravelmente à extinção do processo, sem julgamento do mé-

1 WALT, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e Contratos. 12. ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 52.

2 SOILBELMAN. Dicionário Geral de Direito. Bushatsky, 1974, p. 217 e 218.

rito (art. 267, IV do CPC),

"A sentença, que impôs pena de multa, produz os efeitos próprios de decisão penal condenatória e, apenas, o quantum, da penação, trazido em valor, será cobrado pela Fazenda Pública, se o condenado, notificado após o trânsito em julgado da sentença, não se dispuser a pagá-la ou não requerer o seu parcelamento ou o seu desconto no vencimento ou no salário.

Omissis.

Destarte, diante dos termos explícitos do art. 51 do CP, não se compreende como possa estar o Ministério Público, do ponto de vista ativo, legitimado para dar início à Execução da pena pecuniária. O texto do art. 51 é bastante explícito e não dá margem à interpretação diversa. Se à multa devem ser aplicadas as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, a Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), é inquestionável que, a partir do momento em que o Juiz da Execução Penal remeter a documentação necessária – certidão da sentença condenatória à pena de multa, com trânsito em julgado e comprovação de que o condenado foi notificado nos termos do art. 50 do CP, mas não efetuou o respectivo pagamento – para a Fazenda Pública a fim de que proceda à inscrição, deixou de ter

*legitimidade ativa para propor a Execução da pena pecuniária"*³

No mesmo sentido é a lição do professor Damásio Evangelista de Jesus: *"Nos termos da lei nova, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. da LEP. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público"*⁴

O professor Paulo José da Costa Júnior também entende que a multa será *"inscrita, sendo cobrada como crédito tributário, isto é, mediante a competente Execução Fiscal"*⁵

Em defesa de tese diametralmente oposta, merece destaque a lição esposada abaixo.

No exame do Agravo n.º 1.040.287/1-SP, j. 20.02.97, v. u.; 1ª Câm., o juiz Damião Cogan destacou que se atentarmos para a dicção do art. 4º da Lei n.º 6.830/80 perceberemos que a execução poderá ser promovida contra os sucessores a qualquer título. Continua o dito autor: *"Ora, este artigo institui uma sucessão perfeitamente cabível no cível, mas não em matéria criminal, pois é princípio concebido desde Beccaria, da Revolução Francesa, da Revolução Americana e da*

³ FRANCO, Alberto Silva et al., *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, 6. ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 862, v. T. I.

⁴ Boletim IBOCRIM, n.º 41, p. 61; e JESUS, Damásio de. *Comentários ao Código Penal*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 553.

⁵ COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, 4. ed. Saraiva, 1996, p. 190.

Declaração Internacional dos Direitos do Homem e do Cidadão, que a pena não passa da pessoa do delinqüente. Fato reiterado pela Constituição de 1988, quando preceitua, em seu artigo 5º, inciso XLV, que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado".

Esse argumento apresenta um brilhantismo próprio dos que comumente se levantam como contra-posição ao pensar dominante, esposado nas lições do professor Damásio. Contudo, em nosso modesto entender, cai por terra ao não considerar que qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º da Lei n.º 6.830, será considerada, na forma do seu § 1º, Dívida Ativa da Fazenda Pública (tributária ou não tributária), passando a constituir *ex vi legis* dívida de valor; perde, por consequência, o caráter punitivo.

A dívida ativa, nos termos do art. 201 do Código Tributário Nacional, constitui crédito de natureza tributária, quando regularmente inscrito na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Compete à Fazenda Pública, nos moldes da legislação pertinente, a inscrição da multa, cabendo aos Juízos originários dos feitos criminais encaminhar à Fazenda Estadual as cópias necessárias para inscrição da dívida ativa em especial a sentença, o comprovante de seu trânsito em julgado, a cópia da notificação para pagamento em dez dias e a certidão do decurso do prazo sem o referido recolhimento.

Assim, "não é suficiente instruir a Execução com a certidão do trânsito em julgado da sentença penal,

na qual fora o réu condenado à multa. É também indispensável juntar, com a inicial, a Certidão de Dívida Ativa, para caracterizar o título executivo. Recurso improvido" (REsp n.º 157.653/SP, 1ª Turma, unânime, rel. Min. GARCIA VIEIRA, Publicado no DJ 04/05/98).

O título executivo não é o representado pela Certidão expedida pelo Cartório Judicial, mas sim aquele que decorre da inscrição do crédito da Fazenda, efetuado de acordo com a lei art. 585, VI do CPC, já que exigível, doravante, a expedição da respectiva Certidão de Dívida Ativa para cobrança do débito.

O devedor que, após ser cobrado, não efetuar o pagamento, constituindo-se em mora, terá sua dívida inscrita na repartição administrativa competente.

A inscrição na Dívida Ativa exige, ainda, entre outros requisitos, que se fixe o valor da quantia devida. Esse *quantum* será apurado após a liquidação da sentença condenatória penal, com trânsito em julgado.

Para auferir-se tais valores, deve-se saber o valor da multa devida pelo condenado e, para constituí-lo em mora, deve-se aplicar, antes de se inscrever a dívida, o art. 50 do Código Penal. O Juízo da execução terá que, realizada a homologação, citar o condenado para que efetue o pagamento no prazo de dez dias.

Transcorrido o prazo, sem que o condenado quite a multa, aplicar-se-á o disposto no art. 51 do Código Penal, ou seja, extrair-se-á certidão da conta de liquidação, remetendo-a para que a autoridade competente efetue a inscrição do crédito, a fim de constituir Dívida Ativa da Fazenda Pública, visando a iniciar a cobrança.

Transitada em julgado a sentença condenatória penal, efetuada e homologada a conta de liquidação, e não tendo o condenado efetuado o recolhimento da multa no prazo de dez dias, contados de sua citação para o pagamento, o Juízo da execução remeterá a respectiva certidão à Fazenda Estadual para que a inscreva e a execute.

Após essa conversão, a pena de multa converte-se em dívida de valor, passando a legitimidade para executada à Fazenda Pública e não ao *Parquet*.

A título de apêndice, cumpre, ainda que aligeiramente, examinar a condição do insolvente.

Insolvente são todos aqueles que não podem saldar a multa, sob quaisquer das formas de pagamento, sem privação dos recursos indispensáveis ao sustento próprio ou de seus familiares. Insolvente, portanto, é aquele que não pode pagar a pecuniária nos termos estabelecidos na lei. Contudo, a insolvência pode ser absoluta ou relativa, ocasionando conseqüências díspares, razão pela qual cumpre distingui-las.

Insolvente absoluto é aquele que não pode efetuar o pagamento, mesmo que seja em prestações, sem prejuízo dos meios necessários à sua subsistência e à de sua família, tanto é assim que o desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (art. 50, § 2º). É o caso de situação de pobreza.

Insolvente relativamente ou solvente relativamente é aquele que não pode efetuar o pagamento de uma vez, mas percebe rendimento, vencimento ou salário em quantia tal que permita o desconto, sem prejuízo

das necessidades próprias e da família (TACRIM-SP – RA – Rel. Silva Rico – RT 636/313).⁶

Assim, comprovando o condenado, no prazo legal, sua insolvência absoluta, nada justifica a transferência da cobrança desse débito à Fazenda Pública.

“Se a real situação econômica do condenado não comporta o pagamento da pena de multa, o mais correto, sem dúvida, é a permanência do processo no Juízo da Execução Penal até que se verifique a mudança daquela situação econômica (nesse caso, o condenado será novamente notificado para pagá-la) ou ocorra a prescrição da pretensão executória nos termos do art. 114 do CP. Transferir os condenados insolventes, pura e simplesmente, para a Fazenda Pública, significará apenas deslocar o depósito de devedores incobráveis. Não é isso que permitirá à pena de multa ‘re-adquirir o seu vigor institucional’, nem torná-la um ‘instrumento eficiente de combate à criminalidade. Melhor teria sido estabelecer, nesses casos, como observa Paulo José da Costa Jr. (Comentários ao Código Penal, 4. Ed., Saraiva, São Paulo, 1996, p. 188), ‘sanções alternativas que viessem a substituir a pena pecuniária, como a prestação de serviços à comunidade’”.

Findo o exame da solvibilidade do réu, voltemos ao exame da executoriedade da pena de multa.

⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. V.1, tomo I p. 859.

Iniciada a execução fiscal, desacompanhada da respectiva CDA, título hábil à execução, deverá o magistrado, ante a ausência de pressupostos válidos para a constituição e desenvolvimento regular do processo, extinguir o processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC). Portanto, a inscrição na dívida ativa, com a emissão da respectiva CDA, é requisito prévio à cobrança judicial da multa.

Outrora, a cobrança da pena de multa de acordo com o art. 164, da Lei de Execução Penal - LEP (Lei n.º 7.210/84), era da atribuição do Ministério Público; ocorre que a Lei n.º 9.268/96 modificou o art. 51, caput, do Código Penal; com tal modificação, não está mais em vigor o disposto no art. 164, da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Assim, é forçoso reconhecer-se que a Fazenda Pública, atuando através de seus Procuradores, junto a um Juízo especializado e aparelhado para execução fiscal, é quem melhor responderá ao objetivo da nova lei e, efetivamente, poderá arrecadar os valores impostos nas sentenças penais condenatórias.

Isso se dá porque, em mais de uma década de aplicação da lei, a multa penal não tem sido efetivada em sua plenitude.

É cediço que o Juízo Penal de execução encontra dificuldades para garantir a legalidade no cumprimento das penas corporais e restritivas de direitos. Nesse contexto, com juízes de execução mal estruturados, a pena de multa desaparece em escala de importância.

A modificação trazida pela nova lei teve por objetivo primordial desvincular a pena pecuniária da con-

versão em privação de liberdade, entendendo que a primeira denotava menor periculosidade do agente do crime e reservando a última apenas para delitos de maior gravidade. Assim, procurou o legislador, em caso de descumprimento voluntário, submeter o apenado a processo de execução civil.

Contudo, não é simplesmente a adoção de um procedimento que qualifica a multa penal como dívida ativa. O fato é que a sanção penal pecuniária, tida agora legalmente como dívida de valor, amolda-se perfeitamente ao conceito explícito contido no art. 2º das execuções fiscais, observadas as regras do art. 578 e parágrafo único do CPC.

Ademais, cumpre reconhecer que a titularidade da ação não mais permanece em poder do Ministério Público e sim fica transferida para a Fazenda Pública, representada por um dos seus procuradores. A legitimidade para atuar a aludida cobrança é da Advocacia Pública: nos Estados, através de suas Procuradorias; na esfera federal, através da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Nesse sentido, "à luz do 'novo' art. 51 do CP, a multa imposta em sentença penal condenatória é considerada dívida de valor, devendo ser cobrada segundo a lei n.º 6.830/80. Por essa razão, será inscrita em dívida ativa e será reclamada via execução fiscal movida pela Fazenda Pública, falecendo legitimidade ativa ao Ministério Público."⁷ Assim, desde o advento da lei 9.268/96, compete ao Estado, através de seus Procuradores, cobrar dívida correspondente à pena de multa,

7. Resp 175 912/SP (96.039359-6), 2ª turma do STJ, rel. Min. Adhemar Maciel

imposta em processo criminal (CP art. 51); o Ministério Público carece de legitimidade para tal cobrança⁸.

Outrossim o art. 5º da lei n.º 6.830/80, preceitua: "A competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário".

O Juízo da Fazenda Pública é, na comarca da capital do Estado, o das varas fazendárias, e nas demais comarcas do Estado, onde não houver vara fazendária, o das varas cíveis.

Em sentido contrário encontramos que "O intuito da Lei n.º 9.268/96 foi impedir que a multa pudesse vir a ser convertida em prisão. Todavia, razão assiste ao dr. Promotor quando propõe que a pena de multa não perdeu o seu caráter sancionatório.

O Ministério Público é ainda parte legítima para a execução da pena pecuniária – artigo 164 da Lei de Execução Penal – e o rito a ser observado será o das execuções contra a Fazenda Pública. Consoante bem observa a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, não é o Juízo da Fazenda Pública o competente para apreciar questões como a revogação do sursis e a regressão a regime penitenciário mais severo.

O curso da execução deve ter início no Juízo das Execuções Criminais, portanto."⁹

Assim, "a lei 9.268/96 não retira a natureza penal da multa: a condenação, no Juízo penal, ao pagamento

⁸ REsp 164.817/SP; 1ª turma do STJ; unânime; rel. Humberto Gomes de Barros.

⁹ In TACrim/SP Agravo em Execução n.º 1.082.239/2, São Paulo, 11ª Câm., rel. juíz Renato Nalini, j. 01.12.97, v. II.

da multa produzirá sempre na esfera penal, os efeitos nesta estabelecidos. Sua cobrança, porém, é que foi alterada pela mencionada lei. Considerada dívida de valor, a execução da multa penal se fará, no Juízo competente para esta, conforme os ditames da Lei 6.830/80"¹⁰

Como destaca Vera Regina de Almeida Braga, em artigo publicado no jornal do IBCCRIM "o intérprete da lei não pode deixar de levar em consideração a intenção do legislador. O legislador, na confecção da lei n.º 6.830/80, manifestou a intenção inequívoca de determinar que o Juízo da Fazenda Pública seria o único competente para conhecer e julgar dos executivos fiscais movidos para cobrar a dívida ativa da Fazenda Pública. Se o legislador não tivesse tido essa intenção, não teria explicitado que o Juízo da Fazenda Pública excluía qualquer outro, inclusive os que atraíam todos os tipos de ações, tais como o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

A intenção do legislador foi processar os executivos fiscais nos Juízos privativos da Fazenda Pública. A pena de multa passou a ser considerada como dívida de valor e constituinte de Dívida Ativa da Fazenda Pública. A cobrança dessa dívida de valor passou a ser feita através de executivo fiscal. Conseqüentemente, o Juízo competente é o da Fazenda Pública."

Tecidos esses clareios, essenciais à compreensão do presente tema, passemos a cotejar o exposto com a realidade legislativa local.

Suprimida a legitimidade do órgão do Ministério

¹⁰ Agravo n.º 219.189-3/3, São Paulo, 5ª Ccmm. rel. des. Celso Limongi, j. 06.02.97, v. II.

Público para impulsionar o processo executivo e passando essa, por força de lei, aos Procuradores do Estado, surge uma nova questão. Vejamos:

O Estado de Pernambuco fez editar a Lei Estadual n.º 11.687, de 18 de outubro de 1999, que dispõe sobre o não ajuizamento de ação executiva para a cobrança de crédito inscrito em Dívida Ativa, dentre outras providências. E, em seu artigo 1º, determina:

"Art. 1º. Fica o Estado de Pernambuco autorizado a não ajuizar execução fiscal, cujo valor do débito, na data de sua inscrição, seja equivalente ou inferior a 1000 UFIR's (mil unidades fiscais de referência). [grifo nosso]."

Como já ficou exposto, a pena de multa, convertida em dívida de valor, passa a constituir espécie de Dívida Ativa não tributária (art. 2º da Lei 6.830/80), sujeita portanto à barreira imposta pelo referido Diploma Legislativo.

E como se sabe, raros são os casos em que o valor do dia-multa excede um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, ou que sua quantidade chegue a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (art. 49 do CP).

Ante tal situação, é forçoso concluir que, na prática, após o advento da Lei Estadual n.º 11.687, a execução da pena de multa, como regra, inócorre.

A alteração legislativa provocada pela lei n.º 9.768/96, com o intuito de proporcionar a plenitude da efetivação da pena de multa, após mais de uma década de sua aplicação incompleta, em vista da norma local, pode ter ido por terra, razão pela qual, de *lege ferenda*, en-

tendemos devida o Estado alterar dito Diploma Legislativo, autorizando a interposição de execução, de valores inferiores a 1000 UFIR's, desde que oriundos da inscrição das penas de multa. A contrário senso, a permanecer os ditames legais vigentes, é esperar que o prazo prescricional se opere sobre todas as penas de multa inferiores ao aludido valor, suprimindo a força executória da cobrança da sanção pecuniária, que foi o norte da referida alteração legislativa federal.

Em que pese seu intuito nítido de afastar os nefastos prejuízos causados pela referida lei estadual das 1.000 UFIR's, a via legislativa utilizada é inadequada. Senão vejamos:

O regulamento¹¹ em nosso direito é ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e dependente da lei (art. 84, I da CF) não podendo inovar na seara jurídica, sob pena de revestir-se de prerrogativa que não tem.

"Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado princípio da legalidade, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em consequência pode-se, como Pontes de Miranda¹² afirma: '*onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura,*

11 A expressão regulamento usada neste trabalho é sinônimo de decreto.

12 MIRANDA, Francisco Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 314.

justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei."¹³

Defender a exclusão do alcance da Lei das 1000 UFIR's da pena de multa, convertida em dívida de valor, é por na boca da lei palavras que ela não disse. É transfigurar decreto em lei. "E onde não há liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discricionariedade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipótese igualmente estabelecida em termos de objetividade absoluta – não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente."¹⁴

Assim, por se tratar de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica estampada na lei. Sempre que o regulamento se insere ou se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico.

E, como houve inovação proibida, por restringir o referido decreto o que já estava previamente definido em lei, sem qualquer hipótese de restrição, somos levados a defender a nulidade do aludido decreto estadual.

.....

13 MELLO, Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, p. 298.

14 MELLO, *ibid.* p. 304.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.
2. WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
3. COSTA JR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, 4. Ed., São Paulo : Saraiva, , 1996.
4. JESUS, Damásio Evangelista de. *Comentários ao Código Penal*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
5. FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v.1 T. I
6. MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970, p. 314
7. SOILBELMAN. *Dicionário Geral de Direito*. Bushatshy, 1974.

AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS

José de Oliveira Ascensão
Prof. Catedrático da Universidade Clássica de Lisboa

SUMÁRIO

1 - O QUE FICA PARA TRÁS: PROBLEMAS RESOLVIDOS PELOS TRATADOS DA OMPI DE 1996. 2 - AS BASES DE DADOS. 3 - A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR POR CONTEÚDOS COLOCADOS NA INTERNET. 4 - A RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO DAS MENSAGENS COLOCADAS NA INTERNET. 5 - AS REPRODUÇÕES MERAMENTE TECNOLÓGICAS. 6 - AS HIPERCONEXÕES NA INTERNET. 7 - A RESERVA DOS DADOS PESSOAIS. 8 - OS METATAGS OU DESCRITORES. 9 - DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO SOBRE OS DIREITOS. 10 - O FUTURO DA GESTÃO COLECTIVA.

1. O QUE FICA PARA TRÁS: PROBLEMAS RESOLVIDOS PELOS TRATADOS DA OMPI DE 1996

Os Tratados da OMPI de 1996 resolveram problemas cruciais para o desenvolvimento do Direito de Autor no domínio da informática. O principal consistiu na definição da faculdade de Direito de Autor que estaria implicada na utilização em rede de obras literárias ou artísticas ou de prestações tuteladas por direitos conexos.

Ficou definido que está então em causa o direito de colocar as obras ou prestações à disposição do público, de maneira que quaisquer pessoas possam aceder a elas, em tempo e de lugar que individualmente escolherem.

Esta determinação fundamental encerra questões anteriores; abre o caminho para equacionar e resolver novas.

Muitos outros aspectos foram contemplados nos tratados. Recordemos o que respeita aos dispositivos tecnológicos e à informação sobre os direitos. Mas também aqui, houve um armistício e não o encerramento de um debate. Logo se configuram mais questionamentos, no desenvolvimento do que ficou assente.

O nosso propósito não é fazer a retrospectiva do que ficou resolvido. É antes apontar, prospectivamente, para o que temos agora que resolver. Por isso, não nos deteremos a examinar o conteúdo dos tratados.

Não deixaremos porém de observar que esses tratados não suscitam problemas particulares de conformidade perante a actual lei brasileira.

2. AS BASES DE DADOS

O tema que se prefigura imediatamente a seguir é o de um eventual reforço da protecção das bases de dados – ou, como freqüentemente se diz, o das bases de dados não criativas.

Neste domínio, os problemas foram suscitados pelas bases de dados electrónicas, que permitiram resultados surpreendentes na armazenagem e tratamento dos dados.

Surpreendentemente, porém, o resultado foi a emissão de previsões que assimilam todas as bases de dados, electrónicas ou não. O art. 5 do Tratado da OMPI sobre direito de autor regula mesmo as compilações de dados, apenas, e só na epígrafe as assimila às bases de dados.

Mas há que ser muito cauto quando se avança por este caminho, porque se suscitam questões de grande delicadeza.

Se reduzirmos a base de dados a uma mera colecção de dados, uma biblioteca é uma base de dados.

Ou é uma base de dados um fonograma, que junte várias composições. Com a consequência de que os produtores de fonogramas alcançarão deste modo o que sempre pretenderam: que lhes seja atribuído um direito de autor sobre o fonograma, ou o seu conteúdo.

Na realidade, a solução do problema é encarada no considerando 17) da Directriz da Comunidade Europeia n.º 96/9/CE de 11 de Março. Diz-se que as matérias devem ser “ordenadas de modo sistemático ou metódico e individualmente acessíveis. Daí decorre que a fixação de uma obra audiovisual, cinematográfica, literária ou musical, como tal, não é abrangida pelo âmbito de aplicação da presente directiva”.

Está agora em causa particularmente aquilo que, naquela directriz, é designado o direito *sui generis* do fabricante de uma base de dados, independentemente de esta revestir as características que a elejam como objecto de protecção pelo direito de autor (arts. 7 a 11).

Atribui-se aí ao fabricante da base de dados o direito de proibir “a extracção e/ou a reutilização da to-

talidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo" (art. 7/1).

Há que proceder a uma cuidadosa determinação do conteúdo do chamado direito *sui generis*.

Devemos distinguir dois aspectos fundamentais. Pode estar em causa a actividade de terceiro que:

a) Tome aquele conteúdo da base de dados como objecto de comercialização.

Teríamos nessa altura uma actividade parasitária, em que alguém se apossaria do resultado de empresa alheia, furtando-se ao investimento que teria sido necessário para chegar a esse resultado.

Haveria algo que está na linha dos actos de aproveitamento, como categoria de actos de concorrência desleal. Semelhantes actos devem ser interditos, por ser injustificado que alguém se aproprie assim do resultado de um esforço alheio e surja em vantagem na competição no mercado. Não há então um direito de autor: não é necessário que a base de dados tenha carácter criativo. Mas há algo que interessa à boa disciplina dos bens informáticos.

Fala-se em direito *sui generis*. Como é habitual, qualificar como *sui generis* é não dizer nada, para além da confissão da dificuldade de qualificar. Poderia ter-se falado em *direito conexo*, o que só se não faz por razões táticas. Com esse nome ou outro, porém, há algo que completa a disciplina dos direitos intelectuais no domínio informático.

b) Tome aquele conteúdo como informação, de maneira a integrá-lo para outro propósito que não seja a própria negociação de tal conteúdo.

É nessa altura que se torna possível o choque entre o direito *sui generis* e a liberdade de informação.

A informação sempre foi livre. Se a base de dados é de acesso condicionado há que pagar o acesso, evidentemente. Mas não deve haver nenhuma restrição a que o conteúdo seja usado no seu significado informativo.

Se um doutorando retira dados climáticos de uma base de dados para os integrar na sua dissertação, a integração é livre, seja qual for a extensão dos dados retirados, e ainda que a dissertação seja lançada no mercado. O limite só se encontrará na fraude, que consistiria em realizar a comercialização dos dados sob o pretexto de apresentação de uma dissertação sobre a matéria. Mas isso cai no âmbito do abuso do direito: os princípios gerais bastam para reprimir semelhante procedimento.

A protecção do conteúdo das bases de dados deve pois ser realizada com a fineza e prudência necessárias para não pôr em causa o princípio fundamental da liberdade da informação.

Na realidade, talvez tudo isto seja a consequência de o Reino Unido não conhecer um instituto da *concorrência desleal*, tal como é desenhado nos nossos países. Como o não tinha, supriu-se a lacuna, a nível comunitário, pela atribuição de um direito sobre o conteúdo da base, que joga pouco com o sistema vigente noutros países. Se não fosse assim, o problema nunca se teria colocado. O direito *sui generis* dá mais ampla

tutela que a concorrência desleal, porque abrange também os casos em que não há relação de concorrência, e portanto a concorrência desleal não pode funcionar. Mas esses casos, só por si, não teriam relevância suficiente para suscitar uma necessidade internacional de harmonização.

O problema está aberto à discussão na OMPI, sob a referência às *bases de dados não originais* (ou não criativas). A terminologia suscita um equívoco. É verdade que, se o direito *sui generis* for por diante, as bases de dados não originais passam também a receber protecção. Mas o essencial não é isto. O essencial é criar-se um direito sobre o conteúdo das bases de dados em benefício do "fabricante" – quer as bases de dados sejam ou não criativas. Se forem criativas, o direito do fabricante coexiste com o direito do titular do direito de autor. *Mas o objecto da protecção é o conteúdo das bases de dados, e não apenas o conteúdo das bases de dados não criativas.* Daí os delicados problemas que este direito *sui generis* suscita.

3. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR POR CONTEÚDOS COLOCADOS NA INTERNET

O Direito de Autor assenta no princípio da territorialidade. Dá um exclusivo, e os exclusivos são territoriais.

A repressão das violações do Direito de Autor, particularmente a repressão penal, tem funcionado satisfatoriamente com base na mesma territorialidade. Como as utilizações se traduzem por actos que se pra-

ticam no interior das fronteiras, esses actos caem naturalmente no âmbito da lei interna. A radiodifusão trouxe alguma perturbação a este esquema, mas não foi suficientemente intensa para levar a propor a sua revisão.

Mas as redes informáticas mundiais põem em crise os padrões assentes.

As redes ignoram as fronteiras. A utilização de conteúdos em rede faz-se em iguais condições, seja qual for o servidor em que estiverem armazenados e seja qual for a localização deste.

Surge então com frequência a problemática da violação de direitos de autor, concedidos pela lei nacional, através de actos praticados no exterior.

Uma vez que as leis são territoriais e divergem entre si, surge a possibilidade de o mesmo acto ser lícito nuns países e ilícito noutros; e mesmo nos que o consideram ilícito, ser tipificado como crime nuns países e não o ser noutros.

Daí resulta que a mesma utilização de obra literária ou artística, que navega sem necessidade de passaporte entre as fronteiras, recebe sucessivamente uma pluralidade contrastante de qualificações.

E resulta mais: torna-se possível, dada a grande facilidade de deslocalização dos servidores, colocá-los no âmbito dos países mais tolerantes neste domínio. Ameaçando assim tornar letra morta a protecção mais intensa outorgada noutros países.

Coloquemo-nos então no ponto de vista da lei nacional. Suponhamos que esta se considera o país de origem da obra literária ou artística; que atribui um

direito de autor ou um direito conexo; e que sanciona criminalmente as violações.

Essa obra ou prestação é, sem autorização, colocada à disposição do público no exterior. Passa a ser facilmente acessível aos nacionais do próprio país.

Pode-se reagir penalmente contra os utilizadores?

Em princípio não. E isto porque entra então em cena o princípio da territorialidade da lei penal. *O locus commissi delicti* está no exterior. O delito está consumado com a colocação da obra em rede. O chamamento que se fizer aos computadores locais não adianta nada em relação à perfeição do delito. Pelo que não será em princípio relevante para atribuir competência ao juiz nacional¹.

É evidente que isto impele a uma harmonização internacional, que elimine as diversidades. Mas essa harmonização, embora em curso, não é imediata. E a precipitação constante de problemas novos contribui pelo contrário para acentuar as diversidades.

Qual seria, no ponto de vista da repressão, particularmente da repressão penal, o caminho a seguir pela lei nacional?

Na realidade, oscila-se entre dois males:

– a manutenção das disparidades actuais, o que implica a impunidade dos mesmos factos, desde que se realize a travessia electrónica das fronteiras;

– a atribuição de ubiquidade à lei nacional, de modo a atingir violações praticadas em qualquer país – o que acarretaria uma histeria da repressão crimi-

nal, contra actos que foram licitamente praticados no lugar de origem. O que quer dizer que alguém que praticasse uma operação na Internet se arriscaria sempre a ser considerado criminoso nalgum lugar do mundo.

Nem um nem outro destes caminhos é plausível.

É por isso necessário avançar com muita cautela, por pequenos passos, procurando reencontrar o equilíbrio que neste momento está ameaçado.

Suscita-se nestes dias litígio judicial entre a indústria fonográfica americana e a Napster, que produz programas e dispositivos que permitem copiar arquivos em MP3. Foi pedida uma indemnização muito elevada, ao que a Napster teria replicado que não é responsável, uma vez que os arquivos ilegais não são armazenados nos seus computadores.

O litígio faz recordar uma decisão espantosa do BGH alemão, que considerou que os fabricantes de máquinas de fotocópias eram responsáveis por violação do direito de autor! A máquina de fotocópia seria assim um instrumento ilícito!

A responsabilização de quem fabrica os dispositivos é completamente absurda. Basta pensar que esses dispositivos servem também para a realização de operações lícitas. Nem por violação directa nem por participação os fabricantes podem ser considerados infractores do direito de autor.

É muito primário pretender travar o progresso tecnológico pela circunstância de esse progresso trazer consigo meios que podem ser usados para violar direitos de autor.

1 Cfr. Sergio Semnara, La pirateria su Internet e il Diritto Penale, na "Riv. Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia", ano X, n.ºs 1-2, Jan-Jun/97, 71 e segs. (n.º 4).

4. A RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO DAS MENSAGENS COLOCADAS NA INTERNET

A Internet é uma rede *aberta*: qualquer um poderá lá colocar as mensagens que entender. É o seu atractivo, e está aliás na origem do crescimento espectacular da rede.

Mas, por outro ponto de vista, sujeita-se a fragilidades específicas. Os conteúdos colocados na Internet podem ser reprovados pela ordem jurídica. Por muitas razões: por fazerem apologia de terrorismo, racismo ou outras práticas condenáveis; por serem obscenos; por violarem direitos de autor; e assim por diante.

As leis reagem com mais ou menos vigor a estas situações². Mas há certos aspectos que dificilmente são toleráveis: seja o caso de sítios pedófilos, ou de programas de violência destinados a crianças³.

A reacção norte-americana do *Telecommunication Act* de 1996 dirigiu-se em primeira linha contra os autores de semelhantes mensagens; mas envolveu também a cominação de sanções penais e administrativas a quem difundisse ou facilitasse a difusão a menores pela Internet de comunicações obscenas ou patentemente ofensivas da decência. Mesmo para além das dificuldades inerentes à identificação do autor, e das re-

sultantes do carácter volátil das mensagens na Internet, defrontou anticorpos que a descaracterizaram. Aquela previsão foi declarada inconstitucional por oposição à primeira emenda (liberdade de expressão) pelo Supremo Tribunal, depois de o Tribunal Federal da Pensilvânia ter decretado a suspensão cautelar das disposições penais.

Haver de facto outra linha, que se possa cumular com a responsabilização directa do autor é muitas vezes impossível. O autor pode por exemplo ser desconhecido, ou estar fora do alcance do Estado de destino. Esta outra via permite chegar ao resultado impeditivo da difusão da mensagem. Consiste em tirar consequências do facto de a utilização da Internet não se poder fazer directamente: supõe a intermediação de provedores de serviços (incluindo o provedor de acesso). É assim possível responsabilizar também esses provedores de serviços (abrangendo eventualmente o mero transportador) pelo conteúdo ilícito (em sentido lato) das mensagens em rede. A acrescer ainda à responsabilidade de um provedor de conteúdos (*content provider*) que eventualmente intervisse naquela operação.

A lei alemã seguiu por esse caminho. Foi proposto que os provedores de serviços em rede seriam responsáveis se conhecessem ou *devessem conhecer* o conteúdo ilícito das mensagens veiculadas. Infelizmente, a influência dos provedores de acesso, que é hoje uma categoria extremamente actuante, fez-se sentir, e na versão final da lei a referência ao *dever conhecer* foi eliminada. A responsabilidade foi limitada à hipótese de haver conhecimento do conteúdo.

2 A lista das actividades proibidas varia muito, conforme os países. Assim, nos Estados Unidos da América, proibem-se as lotarias ou jogos de fortuna ou azar, realizados através da Internet.

3 Pelo prisma penal, Lorenzo Picotti, *Fondamento e limiti della responsabilità penale del service-providers in internet*, "Diritto Penale e Processo", 3/99, 379 (382), exclui da esfera da ilicitude penal os conteúdos que não sejam por si absolutamente degradantes e lesivos da dignidade humana e não tenham estruturalmente um carácter indiscriminadamente difusivo e invasivo.

A lei sueca alargou mais a responsabilidade do provedor de serviços. Fez recair sobre este um dever de diligência na fiscalização dos conteúdos disponíveis em rede. Deverá proceder ao menos por amostragem.

Mas não foi este o caminho trilhado pela Comissão da Comunidade Europeia, na Proposta de Directriz de 1998 sobre o comércio electrónico. Nos termos do art. 15, aos provedores de serviços não pode ser imposta nenhuma obrigação de vigilância; e os prestadores de serviços de transmissão, de armazenagem intermédia (*caching*) e de armazenagem em servidor não serão responsáveis, salvo se têm conhecimento efectivo do carácter ilícito da mensagem (arts. 12 a 14). No respeitante ao armazenamento ressalva-se ainda o caso de o provedor ter conhecimento de factos ou circunstâncias que tornem o carácter ilícito da mensagem ostensivo⁴. Não se retoma a hipótese da al. a, do conhecimento de circunstâncias que tornem a ilicitude ostensiva.

Tudo isto nos merece algumas observações gerais.

A primeira é que os provedores de serviços só podem ser responsabilizados se lhes for *tecnicamente possível e exigível impedir* a utilização daquele conteúdo por parte de terceiros, como estabelece a lei alemã⁵. *Ça va sans dire?* É possível – mas vai melhor se se disser.

4 Exceptua-se também sempre a hipótese de haver uma ordem judicial ou administrativa dirigida a prevenir ou pôr cobro a uma infracção.

Nos casos de reprodução intermédia e de armazenagem prevê-se ainda o dever de o provedor retirar prontamente a informação ou tornar o acesso impossível. O pressuposto é, no primeiro caso, o de haver uma ordem de autoridade no sentido da retirada da informação ou da interdição do acesso (art. 13 e); no segundo, o de ter conhecimento da ilicitude.

5 Cf. em Sergio Seminara, *La piratería en Internet e il Diritto Penale* cit., 100-101, as várias causas de impossibilidade. Seja a resultante da prática de *caching*, pela qual os conteúdos requeridos são memorizados em servidores locais, multiplicando-se assim as fontes que contêm a mensagem ilícita.

A segunda é que seria muito gravoso para o provedor de serviços transformá-lo em juiz das muitas situações delicadas que podem surgir. Por isso, a Proposta de directriz não lhe atribui responsabilidade, salvo ordem vinculativa (no caso da reprodução intermédia) ou se o carácter ilícito da mensagem for ostensivo.

Isto é muito favorável aos provedores de serviços. Mas desampara demasiadamente as vítimas de semelhantes mensagens, e o interesse público que está subjacente.

Podia-se exigir mais do provedor de serviços. Ele deveria ser responsabilizado se não agisse quando há uma probabilidade forte de ilicitude da mensagem. Em contrapartida, deveria ser isento de toda a responsabilidade se interviesse e a ilicitude não viesse afinal a ser declarada pela entidade pública competente.

Mas sobretudo, isentar o provedor de serviços que não sabe *nem quer saber* do carácter ilícito da mensagem é condenar o sistema.

A situação mais perigosa é justamente a do descaído total do provedor. Ignora intencionalmente, porque pretende afastar qualquer consideração sobre o material que transmite, armazena ou fornece.

Perante a gravidade da situação, nada repugnaria que o provedor de serviços fosse responsabilizado, como se previa na proposta de lei alemã, se conhecesse ou *devesse conhecer* a ilicitude da mensagem. A ignorância que releva aqui é a ética, e não a psicológica. O provedor só não é responsabilizado se, perante as circunstâncias, não lhe fosse exigível aperceber-se daquela ilicitude.

A proposta de directriz só muito tenuemente se aproxima desta situação, ao referir no art. 14/1 *a* (armazenagem) os casos em que as circunstâncias tornam ostensivo que a armazenagem é ilícita. Mas isto apenas para efeitos de responsabilidade civil.

É necessário ir além disso. Só deve ser irresponsabilizado quem não sabe nem devesse saber. Doutra maneira a responsabilidade é letra morta, dada a extrema dificuldade em provar um conhecimento efectivo.

Com isto não se faz nenhum agravamento indevido da situação dos provedores de serviços. De entidades com a posição que ocupam não se pode esperar a ignorância da ilicitude, quando as circunstâncias são de molde a permitir formular um dever moral desse conhecimento.

5. AS REPRODUÇÕES MERAMENTE TECNOLÓGICAS

Discute-se qual o significado que poderia ter o direito ou faculdade de reprodução do autor (ou do titular de direitos conexos) no respeitante à utilização de obras literárias ou artísticas em rede informática. Pretendeu-se mesmo que essa seria a faculdade fundamental a considerar, porque toda a colocação de obras em rede à disposição do público implicaria a realização de actos de reprodução – mesmo que essas reproduções fossem meramente tecnológicas e invisíveis para o olhar humano⁶.

⁶ Por exemplo, calculou-se que a transmissão de uma mensagem em rede entre Portugal e a Alemanha envolvia a realização de 50 actos intermédios de reprodução.

Esta posição foi rejeitada pelos Tratados da OMPI de 1996. A faculdade fundamental que ficou consagrada foi a *faculdade de colocar a obra (em rede) à disposição do público*.

Perante isto, pareceria que o empolamento dado às reproduções meramente técnicas se esvaziaria. Estas seriam afinal irrelevantes, em termos de direito de autor. A faculdade de reprodução poderia voltar ao seu sentido próprio, de que tinha sido afastada justamente para ocorrer a problemas suscitados pelo advento da informática. Reproduzir seria produzir cópias. As meras gravações tecnológicas não seriam cópias, e como tal não representariam o exercício da faculdade de reprodução.

Surpreendentemente, porém, a Proposta de Directriz da Comunidade Europeia sobre o direito de autor e direitos conexos na Sociedade da Informação⁷ reabre toda a questão.

Dá de reprodução a noção mais ampla possível (art. 2): abrange a reprodução directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e de qualquer modo, no todo ou em parte.

Isto implica que actos inteiramente normais de reprodução tecnológica em rede passam a ficar reservados.

Assim acontece com o *browsing*, a navegação na Internet, de sítio para sítio, à procura do conteúdo que interessa.

Assim acontece com o *caching* ou armazenamento intermédio – a reprodução de um sítio que foi recla-

⁷ Que dissermos que está na fase final de gestação.

mado, situado em ponto mais remoto, num local próximo do destino, de modo a economizar os encargos de transmissão em vezes futuras em que se procure de novo o acesso. Mas este aspecto, como vimos, terá ficado, ao menos implicitamente, regulado na proposta de directriz sobre o comércio electrónico.

Tudo isto passaria assim a ficar reservado, com cegueira ao significado meramente instrumental de semelhantes "reproduções".

Adiante porém abre-se uma restrição. Estes actos acabam por ser liberados (art. 5/1). Isentam-se actos de reprodução temporária transitórios ou incidentais, que sejam parte integrante de um processo tecnológico.

Que sentido tem proibir primeiro tudo e depois isentar?

Tem o sentido de submeter essa actividade às restrições constantes do próprio art. 5. A única finalidade admissível de semelhantes actos de reprodução é tornar possível o uso do conteúdo e não devem ter significado económico independente⁸.

Procura-se assim abranger tudo. Não vejo porém quais os perigos reais que deste modo se procura conjurar.

O caminho prosseguido é contraditório com toda a tradição do Direito Intelectual.

Os processos meramente tecnológicos nunca foram incluídos no domínio reservado pelo direito de autor ou direitos conexos.

É muito elucidativo o que se passa na *radiodifusão*.

A radiodifusão é uma forma de utilização reservada. Mas não foi o processo técnico que foi objecto de semelhante reserva. Supõe uma transmissão por meio de ondas hertzianas, mas essa transmissão foi sempre livre.

O acto reservado, em matéria de radiodifusão, foi a forma de comunicação que se realizava. A mera transmissão é juridicamente neutra.

Pois aqui pretende-se reservar um mero processo técnico, integrado num acto de comunicação, sem que razões ponderosas justifiquem uma tão grande inversão das bases clássicas deste ramo do Direito.

6. AS HIPERCONEXÕES NA INTERNET

Está aberto nestes dias um novo tema de debate dos direitos intelectuais na Internet, a propósito do que chamaremos as *hiperconexões* na Internet.

Estão em causa as referências mútuas que os vários sítios (*sites*) se fazem e as possibilidades de acesso a outros sítios que facultam.

A referência a sítios diferentes é sempre livre. Uma lei do Estado norte-americano da Geórgia criminalizou o uso de sinal distintivo ou sigla alheia protegida por direito de autor, que desse a falsa impressão de que esse uso havia sido autorizado. Mas foi declarada mesmo assim inconstitucional, por contrariar a liberdade de expressão.

O problema pode porém colocar-se para aquilo que chamamos os hipernexos (*hyperlinks*) e para os *frames*.

⁸ Estão além disso sujeitos às restrições constantes dos números seguintes do art. 5.

Nas páginas da Internet surgem referências, salientes no texto, que permitem, premindo duas vezes sobre essa referência, o internauta deslocar-se a sítio diferente. A isto se chamam os *hyperlinks*, que em português podemos designar *hipernexos*.

Os *frames* são referências a outros sítios, que surgem nas orlas ou bordas das páginas, e permitem igualmente chamá-los. Podem ser numerosos. São também hiperconexões. Neste caso o sentido de referência é ainda mais nítido, porque a sua função específica é apontar sítios relacionados.

Se o acesso àqueles sítios é livre, nenhum problema surge. Se é condicionado, o utente é advertido. Se aceita as condições de acesso, nenhum prejuízo advém para o titular do sítio visitado.

O internauta é assim, por um acto voluntário, transportado para um sítio diferente. A licitude de semelhantes hipóteses é clara. Os titulares dos sítios protestam por vezes quando a remissão se faz para as páginas interiores desses sítios e não para a 1.ª página, donde consta a publicidade. Juridicamente, porém, isso é de todo irrelevante: esse seu interesse económico não é juridicamente tutelado.

Mas nem sempre a conexão opera deste modo.

Em vez de a remissão se fazer para sítio diferente, pode a página daquele sítio *ser incorporada no sítio de origem*. O internauta nem sempre se aperceberá do que se passou. Mas o enquadramento continua a ser o original, sujeito nomeadamente à publicidade que deste conste.

E pode o chamamento do sítio alheio fazer-se au-

tomaticamente, sem dependência de nenhum acto voluntário do internauta e frequentemente sem que ele de tal se aperceba. O texto que lhe é apresentado é um texto doutro sítio, que surge todavia sem solução de continuidade na análise do sítio de origem.

Haverá nestas hipóteses problemas de direito de autor?

Só poderá haver se o conteúdo das páginas do sítio para que se remete representar obra literária ou artística. O que frequentemente não acontece.

Tem havido litigiosidade neste domínio. Em geral trata-se de sítios comerciais, e frequentemente de questões de publicidade. O titular do sítio de origem procura aproveitar-se para a composição do seu sítio dos elementos do sítio alheio, ou sobrecarregar estes com a publicidade própria.

Na realidade, essas questões situam-se na área da *concorrência desleal*. O que se pergunta é se esses actos de aproveitamento são compatíveis com os modos leais e honestos de fazer concorrência.

Mas nem todos os problemas podem ser assim resolvidos, porque nem sempre haverá entre os sítios de origem e de destino relação de concorrência.

Suponhamos porém que há obra ou prestação protegidas. Como colocar o problema em termos de Direito Intelectual? Afastamos a problemática do direito ou faculdade de reprodução, que foi já considerada anteriormente.

O que pode estar em causa é a *integração do conteúdo alheio em página própria*. Há uma *conexão de obras* feita sem autorização do titular do sítio para que

se remete; e as obras são colocadas à disposição do público assim conectadas.

Em geral, estas conexões não têm relevância jurídica. As obras foram colocadas na Internet para serem utilizadas; e em qualquer caso é a página do sítio *ad quem* que é exibida, integrada ou não na página do sítio *a quo*. O facto de se incluir ou não a publicidade é irrelevante.

Porém, em certos casos há verdadeiramente exploração de obra alheia, e não apenas a apresentação conjunta de páginas diferentes. Assim acontece por exemplo quando um sítio aproveita a música de sítio diferente: não esqueçamos que a remissão se pode fazer para todo o conteúdo – texto, imagens ou som. Nesse caso há utilização abusiva de obra alheia na apresentação da obra própria. Há então uma violação do direito de autor.

7. A RESERVA DOS DADOS PESSOAIS

Os meios informáticos agravaram extraordinariamente a problemática, já sensível perante os meios técnicos preexistentes, da intromissão na vida privada.

A multiplicação de processos informáticos, que deixam rasto, multiplica também os meios de penetração na intimidade pessoal.

O cruzamento das informações obtidas permite como que uma radiografia da vida de qualquer cidadão. A devassa da vida privada fica praticamente completa. E com isto, a vulnerabilidade de cada um a todo o tipo de pressões ou chantagens.

Com a Internet chega-se a resultados espantosos. O navegante na Internet, que pensa que realiza uma pesquisa que não deixa indícios, está afinal a deixar atrás de si algo que é como que o seu retrato. Os seus movimentos são gravados. Com eles consegue-se, através de programas apropriados, traçar o perfil de cada internauta. E assim, quando ele se dirige a um sítio comercial, por exemplo, o “navegador” (programa de busca) elaborou já com base nos pedidos anteriores a informação que lhe concerne. A resposta que lhe é dada não é uma resposta objectiva e uniforme, contra o que se supõe, mas uma resposta já adequada às preferências detectadas daquele internauta.

Na realidade, o paradigma internauta/servidor está hoje posto em causa. A máquina toma o papel activo, e conduz o navegante, sem que este frequentemente se possa sequer aperceber disso.

Atinge-se o máximo com o que se chama os *cookies*.

São conjuntos de informações mobilizáveis sobre os movimentos realizados pelo internauta que são elaborados automaticamente, e ficam disponíveis para dar informação sobre aquele utente, toda a vez que um novo pedido surgir.

Mas o que é mais espantoso é que esses complexos são armazenados, não em qualquer lugar exterior do ciberespaço, mas no próprio terminal do utente. Sem intervenção ou consciência humanas, incrustaram-se no servidor do internauta informações sobre a sua actividade, que são mobilizadas automaticamente a cada nova utilização que pretenda fazer.

Com tudo isto, torna-se muito clara a necessidade de guardar reserva sobre os dados pessoais, para evitar as inúmeras formas de intromissão na vida privada que se tornam possíveis.

Não é porém ainda consensual o caminho que deve ser seguido.

Na Europa tende-se para uma restrição grande de tudo o que represente a utilização de dados pessoais identificáveis.

Nos Estados Unidos segue-se uma via muito mais permissiva, baseada sobretudo em regras de autodisciplina.

Ambos os caminhos têm inconvenientes.

Este último não dá garantias bastantes perante a gravidade dos perigos em que se incorre.

O primeiro tem pecado por excesso. As noções amplíssimas de *dado pessoal, ficheiro e tratamento de dados* vão levar a excluir actos da vida corrente, diminuindo o espaço de liberdade. Ainda por cima quando para todos os desvios se formula imediatamente a cominação penal.

O que está verdadeiramente em causa é a *vida privada*, portanto a defesa da personalidade, perante os meios informáticos. Não se justifica a extensão:

– a meros dados pessoais que não têm nenhuma relevância para a defesa da personalidade.

– a meios não informáticos, que existiram até agora sem criar problemas, e que não podem ficar sujeitos ao regime radical próprio dos meios informáticos.

E desenha-se um novo tipo de ameaça.

Há sempre entidades que escapam a este tipo de

restrições, embora sujeitas a outros condicionalismos. Sejam as entidades policiais, os meios de comunicação, mesmo certas actividades empresariais...

Mas sendo assim, cria-se um fosso entre quem tem acesso a esses dados e quem o não tem.

Quem o tem, ganha um domínio praticamente total sobre a vida privada de outrem.

Quem o não tem, perde todos os meios de defesa, pois não possui elementos a que possa recorrer para demonstrar por exemplo que uma afirmação que fez é verdadeira ou para se defender contra uma campanha caluniosa de que seja alvo.

Talvez estejamos a assistir a uma nova formação de classes: a classe superior, que domina porque tem a informação, e a inferior, a quem é vedado o próprio acesso a essa informação.

Na sociedade da informação que se anuncia, há já outro limiar da pobreza a desenhar-se.

8. OS METATAGS OU DESCRITORES

Surge uma problemática de última hora, referente aos *metatags* – palavra que ao que sabemos não encontrou ainda correspondente na língua portuguesa. Vamos falar em descritores.

O *metatag* entra na categoria geral da *meta-informação* – que é uma informação sobre os recursos disponíveis legível pela máquina.

O *metatag* em si pode ser definido com uma palavra-chave ou expressão, que dá uma descrição que pode ser captada e utilizada pelos instrumentos de busca na

Internet. Assinala assim o sítio a que corresponde. Uma vez detectada pelo instrumento de busca, este dirige o internauta para esse sítio.

O *metatag* pode surgir assim como alternativa ao nome de domínio ou ao IP, pois permite o acesso independentemente do conhecimento daqueles.

Mais ainda: a escolha de palavras-chave apropriadas torna-se um modo de atrair os internautas para os sítios que os utilizam. O uso de *bâton*, por exemplo, como palavra-chave atrairá quem neste estiver interessado.

Abre-se então uma nova frente de batalha. Disputam-se as palavras-chave mais atraentes, pretendendo-se estabelecer exclusivos sobre elas.

Por outro lado, as entidades que produzem os instrumentos de busca fazem *contratos de atribuição de publicidade que enquadre as páginas visitadas quando se utilizam essas palavras-chave*. Quem obtém essa atribuição fica numa posição privilegiada.

Mas isto suscita grandes problemas jurídicos.

1) O monopólio das palavras

O primeiro consiste em, deste modo, se pretender frequentemente um monopólio sobre uma palavra, embora (ou ainda por cima) por meros particulares, mas que ficariam em posição privilegiada no mercado.

Mas em Direito Intelectual as palavras não podem ser objecto de monopólio.

Qualquer palavra que se invente (um híbrido ou um neologismo, por exemplo), por mais sugestiva, nunca pode tornar-se exclusivo de ninguém.

Só o Direito de Autor poderia dar semelhante

monopólio – mas uma palavra só nunca é o *texto* protegido pelo Direito de Autor⁹.

Um caso significativo na jurisprudência norte-americana foi o que girou em torno das palavras *Playboy* e *Playmate*.

Surgiram decisões a vários níveis, por vezes contrastantes entre si.

Uma decisão não reconheceu o exclusivo da conhecida revista por a palavra ter entrado na linguagem corrente.

Outra deu protecção a uma pessoa que usava o *metatag playmate*, por considerar ser essa designação apropriada à profissão desempenhada por essa pessoa.

E surgiu também com muita relevância o argumento fundado na liberdade de expressão, constitucionalmente assegurada, que não poderia ser atingida através de exclusivos atribuídos sobre palavras.

E o que é ainda mais anómalo: se se reconhecerem semelhantes exclusivos, cai-se com frequência na atribuição de um monopólio sobre um género.

A palavra ou expressão que designasse certa categoria de produtos ou serviços estaria apropriada por uma única entidade. Assim, quem procurasse “café” seria remetido sempre para a referência à entidade que houvesse conseguido a atribuição publicitária desta palavra.

⁹ Um título pode ser protegido e consistir numa palavra só. Mas a protecção do título como tal não representa a atribuição de um direito de autor, mas sim do que substancialmente representa antes um direito conexo, como temos sustentado; e dá a proibição do uso da palavra como título de outra obra, e não um monopólio de todas as utilizações possíveis.

Como tudo isto se passa à margem das atribuições tradicionais de marcas ou nomes de estabelecimento, ou mesmo de nomes de domínio, estas atribuições implicariam, no ciberespaço, um exclusivo conseguido em relação a um género. O que era algo inconcebível até agora.

E isto é ainda mais grave que em outros exclusivos concedidos no domínio dos direitos intelectuais, como no direito de autor. Esses são temporários. O exclusivo concedido sobre o *metatag*, com o seu carácter de concessão privada, seria perpétuo¹⁰.

2) Os modos enganosos de atracção

Utilizam-se numerosos modos de o titular do sítio atrair os instrumentos de busca.

Assim, a repetição de certas palavras-chave leva o navegador a preferir o sítio onde essas palavras mais se encontram.

E entre esses meios podem estar meios enganosos – por exemplo, quando se inclui muitas vezes o nome de uma empresa concorrente, para atrair os internautas que a procurem.

3) Os contratos de publicidade abusivos

As empresas que fabricam os instrumentos de busca fazem contratos em que atribuem publicidade em ligação com as palavras-chave, como dissemos. Assim, ao fazer-se o pedido de um género de produtos, pode aparecer publicidade de empresa comercializadora desse produto.

Mas pode ir-se além, e conceder essa publicidade

quando se procura uma empresa concorrente.

Não é hipótese teórica. Foi atribuída por um destes contratos a publicidade a outra empresa, concorrente, quando se procurava Estée Lauder. Aparecia nesse caso o dístico publicitário *Fragrance Counter*¹¹.

Tudo isto nos obriga a considerar os fundamentos de semelhantes situações.

Como dissemos, não há nenhuma disciplina normativa neste sector. Não havendo disciplina específica, esses contratos caem no domínio geral da autonomia privada.

Pretendeu-se que seria possível reagir invocando o *Direito das Marcas*, quando a palavra utilizada correspondesse a uma marca alheia. Invoca-se a *diluição* da marca alheia, ou a *denegrição* que eventualmente aquela utilização pudesse representar.

Mas não cremos que a invocação seja justificada.

O problema que se poderia colocar seria o da *confusão*, quando a utilização feita induzisse a confusão com uma marca alheia.

Fora disto, porém, o direito das marcas é invocado em vão.

A função da marca é distinguir produtos ou serviços. É reservado o uso da marca com aquela finalidade.

Mas quando se usa o sinal distintivo como *metatag* não se está a usar a marca para aquela função. Não se usa a marca, no sentido técnico; ou usa-se apenas com o sentido de referência. Essa referência é sempre livre.

¹⁰ Como aliás acontece também com os exclusivos respeitantes a sinais distintivos no Direito Industrial, que são tendencialmente perpétuos.

¹¹ Cfr. Séverine Dussolier, *Les outils de références: les cartes au trésor de l'internet*, em "Droit des Technologies de l'Information", *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit*, Bruylant (Bruxelas), 1999, 33 e sags. (46-47).

Não se pode por isso invocar o Direito das Marcas para limitar a utilização destas como *metatags*.

Particularmente importante nos parece ser a intervenção da *concorrência desleal*.

Os litígios que têm sido referidos até agora surgem no âmbito da concorrência económica.

E aí, é seguramente desleal uma prática baseada na confusão criada com a empresa alheia. Praticar-se-ia deste modo um desvio incorrecto da clientela, em detrimento de concorrentes. O comércio electrónico não está imune às regras da lealdade da concorrência.

A legislação sobre concorrência desleal pode assim resolver muitas situações patológicas que se revelam. Mas não resolve todas.

Mas, se não se encontram limites específicos, encontram-se os limites gerais da autonomia privada. São já os limites gerais os que impedem que se reconheçam, mesmo neste domínio, monopólios de palavras, ou monopólios sobre um género, com relevância sobre terceiros.

Para além destes, há ainda o recurso a princípios fundamentais da ordem jurídica, como o da boa fé ou o do repúdio da fraude.

Mas restam ainda grandes zonas de indefinição, que representam verdadeiras lacunas. Pelo que será seguramente necessário, a prazo mais ou menos longo, uma intervenção legislativa neste domínio.

Enfim, uma reflexão sobre a evolução que se vai desenhando.

A Internet surgiu como um espaço de liberdade e de diálogo sem fronteiras.

Mas a escolha ilimitada vai sendo afinal restringida. Os instrumentos de busca, se bem que indispensáveis, vão fazendo encolher o universo disponível.

Este passa a ser balizado por aquilo que o navegador designa. O que significa que a maior parte dos conteúdos disponíveis na Internet fica na sombra.

Por isso, afirmou-se já que o que deveria ser espaço de liberdade se vai tornando zona de constrição.

9. DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO SOBRE OS DIREITOS

Depositam-se grandes esperanças na criação informática de dispositivos de informação sobre os direitos, ou saber a gestão dos direitos. Foram contemplados nos Tratados da OMPI de 1996, como dissemos, que impuseram a adopção de sanções adequadas contra quem, sem ter título para tal, suprima ou altere qualquer informação electrónica sobre o regime dos direitos, ou distribua conscientemente exemplares cujo dispositivo de informação foi alterado¹².

Estes dispositivos tornam possível saber quando e onde foi feita a utilização de certa obra ou prestação, através de sistemas como a tatuagem electrónica.

Na progressão, poderá supor-se um momento em que os sistemas permitam conhecer automaticamente todas as utilizações que forem realizadas.

É possível que o optimismo manifestado quanto

¹² Arts. 12 do Tratado do Direito de Autor e 19 do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas.

às potencialidades destes dispositivos seja excessivo. De todo o modo, as pesquisas marcam progressos e os resultados acumulam-se.

Há que observar porém que o grande beneficiário do sistema não é o autor, ou em geral o titular de direitos. O grande beneficiário é o empresário que realiza a exploração da obra na Internet – a esta nos referimos agora em particular – e que só casualmente coincidirá com o autor.

O autor exerceu o seu direito quando autorizou a colocação da obra em rede à disposição do público. A partir daí não se trata já de exercício do direito de autor, mas da percepção de pagamentos pelos utilizadores. Isso não é já direito de autor, mas direito dos contratos.

O titular de direitos pode ser remunerado, total ou parcialmente, mediante uma participação nos proventos recolhidos. Nesse caso, tem um interesse *directo* na exactidão das informações. Fora disso o seu interesse é apenas *indirecto*, pois indirectamente estará interessado no êxito da exploração comercial. Pode é esse interesse ser apenas moral: assim acontece se tiver cedido a obra (ou, *mutatis mutandis*, a prestação) ao *content provider* que realiza a exploração em rede.

Suscitam-se questões importantes no que respeita às possibilidades de elusão, contornamento ou circunvenção desses dispositivos.

Os Tratados da OMPI, muito correctamente, proibiam as actividades de contornamento ou circunvenção, “sem ter título para tal”. Pelo que essa actividade seria livre se houvesse um título que a justificasse.

Mas a Proposta de Directriz sobre a Sociedade da Informação da Comunidade Europeia, agora na fase final de tramitação, vai mais longe, e proíbe também a fabricação e a comercialização de mecanismos que se destinem a realizar aquela circunvenção. O que bastaria para criar uma *contradição com o Tratado*: como se pode realizar a circunvenção quando *há título para tal*, se são proibidos os mecanismos capazes de a realizar? Terá de se supor que a produção e comercialização destes mecanismos é autorizada quando houver título para realizar aquela elusão: com todos os riscos que esta situação cria, perante entidades que se têm mostrado cegamente adversas a qualquer zona de liberdade.

Mas há mais. A própria possibilidade da admissão do contornamento destes dispositivos foi asperamente discutida. Nas últimas versões, chegou-se a um art. 6/4, segundo o qual as possibilidades de elusão não se aplicaríamos à cópia privada digital.

O que é grave, em relação à utilização de obras em rede. Se o direito interno dá essa possibilidade, não devem prevalecer disposições particulares que a excluam.

Na realidade, perfilam-se perigos muito significativos no horizonte. Perigos que, partindo de uma protecção exacerbada do direito do autor, vão no final atingir de ricochete o Direito de Autor em si¹³.

Criou-se ao longo de décadas um sistema equilibrado de Direito de Autor, em que se distinguiu o que é e o que não é objecto de protecção e, quando o for, quais os limites a que a tutela está submetida.

13 Ou mais amplamente, todo o Direito Intelectual.

Tudo isso está em risco de submergir. **Quem passa a ser determinante da protecção não é a lei nem sequer o autor, mas o content provider na Internet.**

Será ele quem marcará, a seu critério, quais os conteúdos que considera protegidos, de maneira a receber informação sobre as utilizações que se fizerem e ser remunerado em consequência.

O utente de qualquer país não tem real defesa contra o sistema instituído.

Não será autorizado a fazê-lo por lei, em muitas hipóteses.

Ainda que o fosse, não disporia dos dispositivos necessários para tal.

E mesmo que dispusesse, a discussão caso por caso do que é lícito ou não representará para ele uma sobrecarga e um risco em que dificilmente incorrerá; tal como individualmente não estará em regra em condições de suportar as áleas e custos de um processo judicial.

Se esta é a situação, o provedor de conteúdos em rede poderá tranquilamente marcar como obras ou prestações sujeitas a pagamento de direitos de autor obras ou prestações caídas no domínio público, conteúdos de utilização livre, ou mensagens banais sobre as quais não recai nenhum direito de autor ou direito conexo.

E se não houver contra-motivos, amanhã veremos aparecer-nos como obras protegidas jogos de futebol ou qualquer outro conteúdo que desperte o interesse do público.

Isto acaba afinal por ser destrutivo para o Direito de Autor. Se todos os conteúdos se equivalem, então o conteúdo protegido pelo Direito de Autor perdeu a sua

autonomia. Já se protesta contra o facto de hoje se falar incolormente em *conteúdos*, e não em obras ou prestações. Mas isso é apenas um sintoma de uma evolução que está em curso.

Hugenholz pergunta se o Direito de Autor não acabará por ser substituído pela *lex informatica*, ou pelo código do computador. E cita Lawrence Lessig, que afirma que perante um sistema tecnológico bem implantado, não é possível a desobediência civil¹⁴.

De facto, desta forma o princípio, tácita ou expressamente estabelecido em todos os países, de que a informação é livre acaba, sub-repticiamente, por ser substituído por um sistema de quase absoluta restrição. *Se todos os conteúdos são reservados, a liberdade pública de informação foi na realidade substituída por um sistema de apropriação e monopolização individual.*

Mas não é apenas isto. É todo o Direito Intelectual que deixa de desempenhar qualquer função, pelo menos no que respeita aos conteúdos em rede. *Se tudo é igualmente reservado, a discriminação dos direitos e as limitações destes perdem sentido.* Por isso, é com razão que se fala no ocaso do Direito de Autor. É substituído por uma arma muito mais poderosa, que é o poder potestativo do provedor de conteúdos de marcar o que é objecto de protecção.

Durante três décadas ouvimos defender como um dogma o reforço da protecção dos Direitos de Autor e Conexos no domínio informático e a inviolabilidade

¹⁴ P. Bert Hugenholz, *Copyright, contract and technology. What will remain of the public domain?*, comunicação apresentada ao Congresso da CRID, Namur, 1999, n.º 3 (pág. 12 do texto distribuído).

dos dispositivos tecnológicos de protecção. Esses objectivos estão próximos de obterem uma vitória total. Oxalá não tenhamos de assinalar em simultâneo esta vitória e a morte do Direito de Autor.

10. O FUTURO DA GESTÃO COLECTIVA

É problemático o futuro da gestão colectiva.

Os problemas começam pelas *produções multimédia*. Estas implicam o recurso a uma grande variedade de obras ou prestações protegidas. Os titulares de direitos, se estão representados por entidades de gestão colectiva, estão-no habitualmente por entidades diferentes consoante o tipo de conteúdos ou faculdades em causa. Isto dificulta em extremo a obtenção de autorizações e encarece-as muito. Por isso se propôs que fossem concedidas licenças legais.

As entidades de gestão colectiva reagiram fortemente, afirmando a suficiência da cooperação voluntária entre entidades de gestão, ou da gestão colectiva necessária.

Vamo-nos colocar porém na posição do titular de direitos. Para este, o interesse principal reside em que as obras ou prestações sejam efectivamente utilizadas. Se a concessão voluntária de autorizações é um obstáculo a essa utilização, mais interessa ao titular a licença obrigatória, passando os seus direitos a recair sobre a remuneração.

Os problemas renovam-se perante a *utilização das obras ou prestações em rede*. De novo, torna-se necessária uma multiplicidade de autorizações.

Para afrontar estes problemas propõe-se a criação de representações conjuntas de várias entidades de gestão colectiva, que teriam poderes para dar conjuntamente todas as autorizações necessárias (*guichet unique, one-stop-shop*).

Para o titular de direitos tanto faz. Resta saber se o sistema pode ser instaurado com a presteza necessária para não ser obstáculo à utilização das obras ou prestações.

Mas os processos automáticos poderão levar-nos mais longe.

Esses processos permitem, não apenas condicionar o acesso e obter a informação sobre os direitos: podem ir para além disso, e *permitir o licenciamento automático desses direitos*.

São de facto previsíveis sistemas, e já há experiências em curso nesse sentido, em que um dispositivo de acesso permanente emite licenças, satisfeitas as condições estabelecidas, a quem as requer. Tudo se passa independentemente de actuação humana. As condições estão padronizadas, os meios de pagamento também.

E, se o sistema apenas permite uma grelha limitada de opções de uso (não tendo a maleabilidade de uma negociação individual), por outro lado permite também uma *individualização*: as autorizações não precisam de ser colectivas, podem referir-se a titulares ou conteúdos determinados. Nesse sentido, permite uma especificação muito maior que a gestão colectiva de grandes massas, tal como hoje a conhecemos. Algumas entidades de gestão colectiva dirigem-se para a implementação destes sistemas.

Mas independentemente destes, surgem mesmo operações conjuntas internacionais, nomeadamente no domínio das obras musicais. Um consórcio norte-americano/britânico/holandês tem em marcha um sistema automático desta ordem.

Pode assim alterar-se a face da gestão colectiva. Mas há que perguntar se não pode levar a algo de muito mais radical – à *superação da gestão colectiva dos direitos*.

Bem pode acontecer, e está efectivamente acontecendo já, que titulares individuais instaurem o seu próprio sistema. O funcionamento automático dispensaria toda a mediação. E o lançamento em rede potenciará a sua difusão.

Pelo que se torna hoje aguda a questão: a gestão colectiva está em vias de ser superada, justamente no domínio onde parecia insubstituível, que é o dos chamados pequenos direitos? E o lançamento em rede não dispensará até a cooperação internacional entre as entidades de gestão nacionais¹⁵?

Arriscando uma previsão, diremos que há que distinguir dois grupos de situações:

– os grandes titulares, entre os quais se incluem desde logo as empresas de conteúdos (as chamadas empresas de *copyright*) que fizeram reverter para elas os direitos dos autores e titulares de direitos conexos

– os pequenos titulares, que são a grande massa no ponto de vista numérico, mas os menos significati-

vos no ponto de vista dos fluxos financeiros implicados.

Estes últimos não parece estarem em condições de lançar o seu próprio sistema. Terão de recorrer sempre a alguém.

Esse alguém será naturalmente a entidade de gestão colectiva. Mas a evolução pode levar-nos noutro sentido. *Pode ser o provedor de serviços na Internet* que se responsabiliza pela instauração do sistema. Através dele, o pequeno titular receberia no final as quantias resultantes de autorizações concedidas relativas às suas obras ou prestações, deduzida a contrapartida que devesse pagar.

Outra é a situação dos grandes titulares. Estes estarão em condições de prescindir da intermediação das entidades de gestão colectiva.

Um cantor de fama mundial pode abalançar-se a estabelecer o seu sistema individual, em que as autorizações são concedidas na medida individual que por ele for estabelecida. Mais provavelmente ainda o fará uma grande entidade colectiva, uma *Time Warner* por exemplo, para os direitos cuja titularidade tiver assegurado.

É por isso admissível que no futuro estas entidades escapem do sistema de gestão colectiva. Isto implicaria, segundo cálculos actuais, a perda de 90% dos rendimentos destas.

As entidades de gestão colectiva continuariam a existir, mas com um perfil muito diversificado. Por um lado, pela *redução drástica do seu movimento*. Por outro, *pelas novas possibilidades de controle* que os

¹⁵ Cfr. a análise de vários destes problemas em Vittorio Menesini, *Banche dati e società di gestione collettiva*, em AIDA – Annali Italiani di Diritto di Autore, VI-1997, Giuffrè (Milão), 157-174, particularmente nos n.os 5 a 8.

titulares passariam a ter, graças aos modos de informação sobre a gestão. Enfim, pela *concorrência dos operadores de serviços na Internet*, que ofereceriam sistemas mecânicos de gestão individualizados, o que sensibilizaria os titulares que se sentem menosprezados dentro dos sistemas de autorização colectiva de massa existentes.

Em qualquer caso, parece seguro que a revolução informática em curso deixará uma marca profunda nos actuais sistemas de gestão colectiva do direito de autor e direitos conexos.

O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

Kézia Mika Lyra de Oliveira

Aluna da ESMape – Núcleo Regional do Agreste. Estagiou no Ministério Público Estadual em Caruaru.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 - O DIREITO DE AÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 1.1 - Tipos de Ação Penal. 2 - A AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA E OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. 2.1 - O Procedimento Administrativo Tributário. 2.2 - A Cosa Julgada no Processo Administrativo. 3 - POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. 3.1 - Entendimento favorável à condição de procedibilidade. 3.2 - Entendimento do Supremo Tribunal Federal. 3.3 - Entendimento do Órgão Ministerial. 4 - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. 4.1 - Interferência da Instância Administrativa na Esfera Criminal (pagamento administrativo como causa de extinção da punibilidade do agente). 5 - CONCLUSÃO. 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo maior demonstrar as recentes e interessantes divergências doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem a redação da legislação referente aos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90), buscando elucidar os argumentos lançados por tributaristas e penalistas na defesa de suas teses, quando debatem sobre a necessidade ou não do exaurimento da via administrativa como condição de

procedibilidade para a propositura da Ação Penal pelo Ministério Público. Para melhores esclarecimentos, reunimos os princípios constitucionais que regem o Direito de Ação, consagrado em nosso ordenamento jurídico e, especificamente, aqueles que envolvem diretamente o procedimento administrativo, quando esse objetiva a caracterização do crédito tributário, em face da inércia do contribuinte. As conseqüências, advindas com o inadimplemento da obrigação tributária, têm profunda repercussão na seara criminal, pelo que procuramos descrever superficialmente como se desenvolve o processo administrativo e a inevitável influência por esse exercida na jurisdição penal, não obstante o entendimento majoritário de nosso ordenamento jurídico, ao referir-se à independência das diversas instâncias.

1. O DIREITO DE AÇÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como detentor supremo do *jus puniendi*, é devido ao Estado buscar efetivamente assegurar aos seus súditos a escorreita distribuição da justiça, colimando dizer a vontade concreta da lei, ao que estará a estabelecer a segurança e a paz sociais, dando assim, fiel cumprimento a uma de suas finalidades precípuas, enquanto Ente Soberano. Para tanto, como corolário do Princípio da Legalidade, entendido em seu sentido genérico, o qual encontra sustentáculo na redação dispendida no artigo 5º da Carta Magna, mister observar que o direito de punir do Estado está intrinsecamente adstrito às

limitações a ele impostas, não podendo agir arbitrariamente, a seu próprio *nutum* devendo ser exercido nos moldes definidos pela lei processual, quando diante de uma conduta ilícita tipicamente prevista, pelo que se entende que, desde então, ser-lhe-á lícito perquirir acerca do fato delituoso, bem como de sua autoria delitiva, exercendo-se plenamente o consagrado direito de ação perante o poder competente.

Ademais, o mesmo Diploma Legal outrora referido traz em seu bojo a estrita observância ao princípio do devido processo legal, *o due process of law*, o qual consiste em garantir-se que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens, sem a certeza de um processo desenvolvido à luz dos preceitos normativos, enfatizando ainda, a necessidade da ampla defesa e do contraditório, como já atrelado em nosso ordenamento jurídico interno, sem quaisquer resquícios duvidosos.

Uma vez ocorrendo a transgressão da norma penal incriminadora, o Estado-Administração, alicerçado nos princípios *nulla poena sine iudicio e nulla poena sine iudice*, dirige-se ao Estado-Juiz, com o escopo de reclamar o emprego da *sanctio juris* aplicável àquele caso concreto que se pretende esclarecer, e o faz por intermédio de seu órgão próprio, o Ministério Público, ao qual é conferida a titularidade da Ação Penal Pública, consoante se depreende do texto constitucional de 1988, inserido no art. 129, inciso I, não se admitindo, como anteriormente, o procedimento *ex officio* do julgador ou da autoridade policial. Desse modo, leciona com propriedade a doutrina espanhola, "su institución responde, no sólo a la necesidad de

esa ingerencia, por la imposibilidad de abandonar en manos del individuo la acción penal y la defensa del interés público correlativo, sino también a la imposibilidad de atribuir su ejercicio, o sea la función requiriente, a los mismos órganos que ejercitan la jurisdicción.”

1.1 Tipos de Ação Penal

Prima facie, em sua ampla acepção, toda a ação penal é pública e, da mesma forma que a ação civil, deverá reunir certas condições indispensáveis ao seu exercício, as quais se relacionam diretamente com a pretensão deduzida em Juízo. Dentre as condições mencionadas elencamos as genéricas, a que se submetem as ações de qualquer natureza, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a *legitimatio ad causam* e o interesse de agir, além das denominadas condições específicas, que se posicionam como obstáculo à livre iniciativa da ação penal, posto que esta somente será intentada a partir da autorização prevista em lei. A essas condições específicas destinaremos maior atenção, por incidirem diretamente em nosso estudo.

Atendendo à tradicional classificação subjetiva, reconhecida em nosso Direito Pátrio, em relação àquela que a promove, poderá a ação penal ser pública incondicionada ou condicionada, admitindo-se ainda, a ação penal privada, além da ação penal privada subsidiária da pública. E isso ocorre porque, não obstante ser de primordial interesse do Estado a reprimenda de condutas que atentem contra a ordem jurídica vigente,

em certas situações, diferentemente do que ocorre com o sistema francês, em que toda ação é indiscutivelmente pública, esse mesmo Ente Soberano prima pelo respeito a outros aspectos que, não raro, afetam substancialmente a esfera íntima, denominada *sptrepius fori* do indivíduo lesado ou de quem legalmente o represente, ou ainda, diante da tenuidade da lesão à sociedade, faz o Estado admitir, excepcionalmente, que o ofendido, ao seu alvedrio, julgue pela conveniência ou não da propositura da ação penal, esclarecendo-se que tal prerrogativa, em decorrência de seu caráter extraordinário, há de estar expressamente declarada em lei, conforme ensinamento basilar de hermenêutica. No que tange à ação penal pública propriamente dita, é imperioso o interesse estatal, não se verificando qualquer condição para sua promoção.

A ação pública incondicionada é a regra em nossa Legislação Penal Pátria e, reunindo-se elementos eficazes que tornem verossímil a imputação delitiva, será impostergável ao *dominus litis* sua propositura, independentemente da manifestação de vontade de quem quer que seja, sendo inócuo qualquer posicionamento contrário, isso em virtude do princípio da obrigatoriedade que é corroborado pelo imperativo normativo expresso no art. 100, § 1º do Código Penal e no art. 24 do Código de Processo Penal, ensejando, ainda, ao particular, diante da inércia do Ministério Público, intentar a ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da CF, 100, § 3º, do CP e art. 29 do CPP).

Quando concorrentes os interesses do Estado e do indivíduo, a lei, não expurgando a condição pública da

ação penal, entende necessário o expreso consentimento do ofendido ou de seu legítimo representante, a fim de que o Órgão Ministerial possa oferecer a Atrial Delatória, com o que dará início à competente ação penal pública. Essa manifestação imprescindível de vontade entende-se como condição *sine qua* não será possível o início da ação, visto que esta está inexoravelmente condicionada àquela, daí ser denominada de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou à requisição do Ministro da Justiça, essa última relativamente aos crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro e ainda, nos delitos praticados por estrangeiros contra brasileiros fora do território nacional, além de outros especificados na legislação ordinária ou extravagante.

Essas são tidas como condições suspensivas de procedibilidade, indispensáveis, inclusive, à instauração do inquérito policial. Importante notar que as referidas peças não deverão revestir-se de qualquer solenidade formal, admitindo-se a simples declaração de vontade em ver-se processar o indivíduo a quem se destina a autoria do delito, praticado com o objetivo único de remover o obstáculo legal que cerceia o exercício do direito de acusação. No que pese qualquer dúvida, vejamos: *"A representação da vítima consiste na delação autorizante de o Ministério Público incoar, ou não, ação penal pública de natureza condenatória, sendo condição de exercício da persecutio criminis, de iniciativa pública, nos casos marcados pela lei penal"* (RJDTACRIM 24/42)

2. A AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA E OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

O objeto de nosso singelo estudo repousa no recente e controverso entendimento jurisprudencial que se vem firmando diante da essencialidade ou não do exaurimento da instância fiscal, como condição de procedibilidade para a propositura da ação penal nos crimes cometidos contra a ordem tributária. Sobejam argumentos valiosos e divergentes entre nossos tributaristas e penalistas, os quais vêm gerando grandes e significativos entraves jurídicos.

A atual conjuntura econômica, que estamos incansavelmente a atravessar, vem demonstrando o irrefutável interesse da Administração em assegurar o aumento da arrecadação tributária, através da coercibilidade de normas penais e a conseqüente aplicação de sanções cabíveis.

É bem verdade que a relação firmada entre o Fisco e os contribuintes representa o enorme desequilíbrio estabelecido diante do sistema tributário massacrante e injusto vigente no país, pelo que urge a completa reforma de suas hastes de sustentação. Objetivando a satisfação das obrigações tributárias, desencadeou-se, lamentavelmente, em nosso ordenamento jurídico, verdadeiro terror de cunho penal.

A infringência da legislação tributária surge com o descumprimento por parte do contribuinte de qualquer obrigação tributária seja esta acessória ou principal, e o sujeita às penalidades previstas em lei. A violação tributária poderá atingir também as normas pe-

nais, submetendo o infrator a responder a um processo de caráter administrativo e outro penal.

Disciplinados na Lei 8.137/90, os crimes cometidos em detrimento da ordem tributária reinante merecem especial atenção. Nos termos do Código Tributário Nacional, art. 142, "compete *privativamente* à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido,, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, **propor** a aplicação da penalidade cabível" (grifos nossos). Depreende-se do dispositivo retro que a nenhuma outra autoridade é lícito determinar se alguém é ou não devedor de tributo, por faltar-lhe competência para tanto e, ainda, tratando-se de atividade vinculada e obrigatória, incorrerá em crime funcional a autoridade administrativa que se furtar ao lançamento do crédito tributário quando esse efetivamente concretizar-se.

2.1 O Procedimento Administrativo Tributário

O processo administrativo tributário, regulado pelo Decreto nº 70.235/72, reveste-se de um caráter simplificado, observando-se a concisão de seus atos e termos, no intuito de atender às suas finalidades próprias. Inicia-se o procedimento fiscal administrativo com o ato, por escrito, emanado pela autoridade administrativa competente, sob pena de nulidade, que visa a

cientificar o sujeito passivo da obrigação tributária, sendo tal ato válido por um prazo **preclusivo** de 60 (sessenta) dias, prorrogável sucessivamente por igual período. A partir de então, não se admitirá a chamada confissão espontânea do débito, cuja responsabilidade ficaria excluída, consoante preceitua o art. 138 do CTN.

Como regra absoluta, os atos administrativos deverão assumir a forma escrita; dessa maneira, a fim de que se esclareça sobre a fiscalização que é imposta ao contribuinte, deverá o agente fiscal reduzir a termo todos os atos decorrentes da atividade fiscalizadora, que tem por objetivo essencial o de perseguir os créditos resistidos pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Ao exercer sua atividade fiscalizadora, o Fisco, por meio do auto de infração, reúne documentalmente elementos capazes de demonstrar a infração tributária cometida pelo contribuinte, devendo ater-se aos requisitos definidos em lei (art. 10 do Decreto 70.235/72), quais sejam, local, data, hora da lavratura, descrição do fato, disposição legal infringida e a penalidade aplicável, dentre outros, observando-se todos os detalhes possíveis, para que se permita ao autuado, quando devidamente notificado, impugnar o mesmo em seus termos ou cumprir a exigência feita. A notificação é o ato jurídico que torna perfeito o lançamento do crédito tributário e, a partir daquela, será lícito ao contribuinte a impugnação desse último (art. 14), que objetiva submeter à apreciação da autoridade administrativa a discussão acerca da legalidade do ato administrativo praticado com base *no jus imperium*.

Com o lançamento, advêm seus efeitos primeiros, quais sejam, exigibilidade da prestação, fluxo do pra-

zo de prescrição, constituição do devedor em mora etc.; e três são suas espécies fundamentais: o lançamento direto ou *ex officio*, praticado pelo agente fiscal, sem a intervenção do contribuinte, ao qual nos ateremos com maior atenção em nosso estudo; ainda, o lançamento por declaração ou misto, em que se unem fisco e contribuinte ou terceira pessoa obrigada por lei e, por fim, o autolancamento, em que o próprio contribuinte leva ao conhecimento da autoridade a existência do crédito tributário. Nesse último caso, surgem divergências em razão do disposto no *caput* do art. 150, do CTN, que entendem tratar-se na verdade de uma antecipação do pagamento do tributo pelo contribuinte que resultará na extinção do crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento pela autoridade administrativa.

Após a notificação do lançamento, poderá o contribuinte, no prazo *peremptório* de 30 (trinta) dias, impugnar o lançamento perante o órgão competente, "tornando litigiosa a coisa"; a partir de então, terá início o contencioso tributário em esfera administrativa (art. 14 do Decreto nº 70.235/72), em cuja oportunidade deverá ser oferecida "contestação" às acusações dispostas no auto de infração, sob pena de revelia (art. 21 do Decreto nº 70.235/72). A impugnação, como ato de repulsa a uma acusação formalmente descrita, estaciona no direito constitucional de ação, ao qual são agregados o contraditório e a ampla defesa, não se admitindo em nenhuma hipótese, por parte da autoridade administrativa, a supressão dessa faculdade processual impostergável. Com a impugnação, decorre seu

imediato efeito que é o de estabelecer o processo, que pressupõe o litígio e, em conseqüência, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, interrompendo-se o lapso prescricional. A impugnação deverá atender aos requisitos dispendidos no art. 16 do citado Decreto Federal, dentre os quais, a autoridade a quem é dirigida, a qualificação do impugnante, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta sua defesa, os pontos de discordância etc. Em primeira instância, a autoridade julgadora competente será um Delegado da Receita Federal de Julgamento (art. 25, I, a) ou um Delegado/Inspecor da Receita Federal (em alguns casos), no que atine aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e ainda as autoridades mencionadas na legislação de cada um dos demais tributos ou, na falta dessa indicação, os chefes da projeção regional.

Ao ser proferida decisão pela autoridade competente, e sendo essa contrária à impugnação, terá o interessado, a partir do despacho da autoridade administrativa, o prazo de 30 (trinta) dias a partir da ciência da decisão para interpor *recurso voluntário*, total ou parcial, com efeito suspensivo, que é excepcional em matéria administrativa, devendo estar fixado em lei, regulamento ou no despacho de recebimento do recurso, posto que não se presume sua existência. O referido recurso será destinado à instância superior, formada pelos Conselhos de Contribuintes (Coletivos Paritários, compostos por representantes dos contribuintes da Fazenda), e sua interposição tem fundamento na própria instituição do Estado Democrático de Direito, que

consagra o princípio do *duplo grau de jurisdição*, tornando-se intolerável possível afronta a esse, posto que seria aberrante ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, entendendo-se que sua inobservância representa "verdadeiro arbítrio, inaceitável pelo nosso Direito".

Ressalte-se ainda que, em primeira instância, não se admite o simples *pedido de reconsideração* (art. 36), em que a parte solicita à mesma autoridade que proferiu a decisão denegatória, a invalidação ou modificação dessa nos termos da pretensão do requerente; esse recurso somente é cabível nas decisões proferidas em segunda instância (art. 37, §3º).

Será admissível também a denominada instância especial, cabendo ao Ministro da Fazenda a análise da decisão em recurso especial, quando presentes os requisitos do Decreto 83.304/79, art. 5º.

Encerrado o procedimento administrativo, rejeitada a pretensão do contribuinte, sendo, então, definitivamente constituído o crédito tributário, esse deverá ser inscrito como dívida ativa tributária (art. 201, do CTN), a fim de que o Estado promova a competente Execução Fiscal, nos termos da Lei 6.830/80. Do contrário, sendo a decisão administrativa favorável ao sujeito passivo, extinguir-se-á a obrigação tributária, pelo que caberá à "autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio" (art. 45 do Decreto 70.235/72) e, nesse caso, a matéria não poderá ser objeto de ex-

me pelo Poder Judiciário (coisa julgada administrativa). Relevante lembrar que, no intuito de ver assegurado um direito que lhe é devido, o contribuinte não está obrigado a recorrer primeiramente à via administrativa para ter acesso ao Poder Judiciário¹ (art. 5º, inciso XXXV, da CF), poderá dirigir-se de imediato a esse.

2.2 A Coisa Julgada no Processo Administrativo

Há que se observar, contudo, a não "definitividade" da decisão prolatada pelo órgão julgador, posto que, no processo administrativo, não ocorre a instituição da *res judicata*, ou, pelo menos, essa não tem o alcance da coisa julgada judicial, visto que se refere a simples ato administrativo decisório, o qual padece do denominado poder conclusivo da justiça comum, visto que o nosso sistema constitucional veda essa feição ao contencioso administrativo, atribuindo a característica da definitividade apenas às decisões judiciais. Assemelham-se seus efeitos aos da preclusão, ou irretratabilidade das vias de impugnação no âmbito interno da Administração, podendo o contribuinte socorrer-se do Poder Judiciário para a defesa de seus direitos.

1- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo*, 24 Ed. p. 611. A exigência de prévia exaustão dos recursos administrativos para que o interessado na invalidação do ato possa ingressar em Juízo era, entre nós, aplicação das doutrinas norte-americanas da *exhaustion of administrative remedies* e da *primary jurisdiction*, consubstanciadas no *Administrative Procedure Act* de 1946, que passou a exigir que as questões federais sejam apreciadas pelos órgãos da Administração (agências), antes de o serem pelo Judiciário (courts).

3. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

3.1 Entendimento favorável à condição de procedibilidade

Sem o término do procedimento demonstrado anteriormente, no dizer do eminente jurista Hugo de Brito Machado, configura-se evidente equívoco admitir-se que o Ministério Público inicie a ação penal, visto que ainda, nem mesmo a própria Administração afirmou a existência do crime contra a ordem tributária, pelo que se estaria submetendo a lei a errôneo entendimento, não obstante o forte argumento acerca da independência das esferas administrativa e penal. Em seu minucioso estudo, a que muitos se achegam, esclarece que, alicerçado nos imperativos expressos no corpo da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o *devido processo legal* (grifos nossos)", sendo garantidos aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

É indubitável que o processo moderno assume forte tendência a dar maior razoabilidade ao que se entende por devido processo legal, compreendendo sua aplicação através de instrumento hábil, garantida a igualdade entre as partes, sob os aspectos da formalidade, que não se confunde com formalismos inoperantes e despropositados, visando a atender com maior celeridade à pretensão das partes. Na análise dos ilícitos co-

metidos contra a ordem tributária, o renomado jurista entende que os tipos descritos são delitos materiais, ou de resultado, exigindo-se a confluência da conduta exteriorizada e do resultado atingido, ou seja, com a efetiva *supressão* ou *redução* do tributo, e essas só serão constatadas através do respectivo lançamento, quando então será constituído definitivamente o crédito tributário e, conseqüentemente, configurar-se-á o crime contra a ordem tributária. Dessa maneira, os defensores desta tese entendem descabida e irregular a promoção da ação penal pelo *dominus litis*, ante a ausência do pronunciamento administrativo anterior, consubstanciado no ato administrativo do lançamento.

Ademais, estaria sobremodo sacrificada a ampla defesa do processo administrativo, eis que o contribuinte encontrar-se-ia constantemente na iminência de ser condenado, antes mesmo de serem examinadas, na esfera administrativa, as razões que demonstrem a improcedência da imputação que lhe é destinada.

Após constantes embates, foi sancionada e publicada, no atual governo, a lei 9.430/96, cujo art. 83 procurou pôr termo às discussões suscitadas. *In verbis*:

"A representação fiscal para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, de 27 de novembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente."

Entendem alguns doutrinadores que o presente preceito legal buscou, dessa forma, determinar uma real

e efetiva condição de procedibilidade para a propositura da ação penal, que passaria a ser pública condicionada, subordinando o Órgão Ministerial ao prévio esaurimento da via administrativa, embora esse não seja o entendimento majoritário.

3.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Valendo-se do controle concentrado de constitucionalidade, o Procurador Geral da República promoveu a competente Ação Direta de Inconstitucionalidade, tomando por base o possível conflito gerado entre a norma infraconstitucional mencionada e o art. 129 da Lei Maior, o qual determina ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais, "**promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei**", pelo que o Pretório Excelso, sabiamente, firmou entendimento no sentido de que a norma atacada não impede a propositura da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, posto que não estabelece, de fato, uma condição de procedibilidade e ainda, ante a independência das jurisdições.

A "(...)Lei 8.137/90, arts. 1º e 2º. 5. *Dispondo o art. 83, da Lei 9.430/96, sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, no caso, rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo a notitia criminis, acerca de delitos contra a ordem tributária,*

previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.137/90. 6. Não cabe entender que a norma do art. 83, da Lei 9.430/96, coarcte a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimentos de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. 7. O art. 83, da Lei nº 9.430/96 não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público". (STF - 1571/DF, Rel. Neri da Silveira) g. n..

Infere-se da leitura do art. 83 da Lei 9.430/96, ainda mais ratificada pela decisão proferida pela Excelsa Corte, que o legislador procurou definir o momento exato em que a autoridade fazendária deverá ser compelida a emitir para o Ministério Público os expedientes reunidos, pelo que o agente fiscal não poderá omitir-se de tal prática, estando, ele sim, necessariamente vinculado ao texto de lei.

É indubitavelmente correto, entretanto, que não cabe à Magna Carta definir sobre os crimes que serão de ação pública, nem mesmo, se deve ou não haver condição de procedibilidade para que a ação venha a ser intentada. Tal matéria reserva-se às leis ordinárias, como é o caso da Lei 9.430/96, havendo, todavia, especificamente em relação à legislação mencionada, entendimento no sentido de que haja sido, realmente, instituída uma condição de procedibilidade pela citada lei. Percebe-se, no entanto, que a disposição normati-

va deve ser interpretada no sentido de que procurou, de fato, definir a vinculação da autoridade administrativa, a fim de que a mesma possa enviar ao Órgão Ministerial a documentação que demonstra o cometimento do crime contra a ordem tributária.

3.3 Entendimento do Órgão Ministerial

Contrariamente àquilo que defendem os tributaristas, o Ministério Público funda-se basicamente no critério da autonomia das respectivas vias e, ainda, no aspecto do monopólio da jurisdição atribuída ao Poder Judiciário, descrito no art. 5º, inciso XXXV, da CF, em que se encontra petrificado o direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se verificar a lesão ou simples ameaça a um direito. É o que se entende por *sistema de jurisdição única ou sistema judiciário*, cujo modelo foi trasladado das colônias norte-americanas para o nosso ordenamento. Nesse sistema, deixa-se à cargo do Judiciário o exame dos litígios existentes entre os súditos e desses para com o Estado, tornando-se inconciliável o *contencioso administrativo*, o que não significa dizer que à Administração não se confere poder decisorio, o que se lhe "nega é a possibilidade de exercer funções materialmente judiciais, ou judiciais por natureza, e de emprestar às suas decisões força e definitividade próprias de julgamentos judiciais (*res judicata*)"².

Não é o que ocorre no Estado francês, onde se reconhece o *sistema dual*, ou do *contencioso adminis-*

trativo, em que certas demandas são submetidas à apreciação do *Conselho de Estado*, cujas decisões se revestem do caráter de coisa julgada judicial, que no dizer de Freund representa *the final enforcing power*.

4. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

Salutar, todavia, entender-se igualmente, que o poder de exigir a exação tributária não se confunde com o poder punitivo do Estado, este é atributo constitucional, que se destina a manter o equilíbrio e a validade do império da ordem jurídica, aquele permite ao Estado a arrecadação suficiente para atender aos interesses da coletividade. São autônomos e divergem fundamentalmente em sua natureza, daí o embasamento para admitir-se a autonomia das diversas esferas processantes.

O processo administrativo tributário destina-se "à determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal"; sua natureza é diversa da dos demais, decorre do poder-dever de autotutela que é exercido pela Administração Pública. Seu interesse versa sobre o produto da arrecadação das receitas públicas, eis que ao Administrador incumbe a aplicação destas verbas públicas naquilo que atenderá claramente ao bem comum, pelo que deve dispor de meios suficientes e eficazes para afeiri-los dos contribuintes, quando estes tentam burlar seu livre adimplemento. Utilizando-se da coercibilidade, o Estado-Fiscal estabelece meios de controle de seus atos, bem como dos praticados pelos sujeitos passivos das obrigações tributárias. Quanto à jurisdição criminal, há substancialmente uma situação diversa, o Esta-

2- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1999, 24 ed. p. 52

do-Juiz objetiva a repressão de práticas delituosas que ofendam a bens juridicamente tutelados. Trata-se de uma medida de defesa social, posto que aos particulares é vedada a prática da justiça "pelas próprias mãos", quando diante de uma situação de grave turbacão da ordem na sociedade. Objetivado o retorno ao *status quo ante*, a responsabilidade penal deverá ser constatada, com o escopo de que seja aplicada a pena correspondente ao ofensor. Aspectos e objetos diversos, inconfundíveis, que denotam a independência das instâncias, pelo que não há falar-se em vinculação de uma a outra.

Aliada a tudo isso, a atividade persecutória do Estado-Juiz no processo penal cinge-se dos princípios que robustecem suas arestas, perquirindo acerca do fato delitivo na estrita observância da verdade real. Conquanto o mesmo também ocorra no processo administrativo fiscal, a autoridade julgadora vale-se de qualquer prova que venha a conhecer, atribuindo, contudo, certa flexibilidade ao princípio da verdade material, pelo que são dispensadas algumas formalidades que, no processo penal, seriam imprescindíveis à obtenção da certeza jurídica objetiva, não sendo perfeitamente possível, em simples procedimento administrativo, auferir-se a realidade dos fatos para a configuração das práticas delituosas.

Vincular a *persecutio criminis in iudicio* ao esaurimento da instância fiscal, no que pertine especificamente aos delitos contra a ordem tributária, seria antecipar um julgamento final condenatório, visto que, uma vez reconhecida a figura delituosa descrita nos arts. 1º e 2º da Lei 8.371/95, estar-se-ia estabelecendo um pré-julgamento e fixando um escalonamento hierárquico

de provas, causando, dessa forma, verdadeiro e flagrante desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes³ postula que "a Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado", entendendo ser este verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

4.1 Interferência da Instância Administrativa na Esfera Criminal (pagamento administrativo como causa de extinção da punibilidade do agente)

Válido ressaltar que, atendendo ao disposto no art. 138 do CTN, "*a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração*", percebe-se a configuração de verdadeira causa de extinção da punibilidade que impede a abertura da Ação penal, ao se efetuar o pagamento do tributo pelo contribuinte antes do oferecimento da Denúncia, devendo o Ministério Público, no caso, ater-se ao procedimento administrativo.

³ MORAES, Alexandre, Direito Constitucional, p.93 - "Não pode a lei intracostitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no Sistema revogado (CF/67 - Art. 153, parágrafo 4º). Não é de acolher-se a legação da Fazenda Pública, em ação judicial, de que não foram esgotadas as vias administrativas, para obter-se o provimento que se deseja em juízo" (RP-60/224).

Há quem doutrine, ainda, tratar-se de uma questão prejudicial, a qual deverá ser resolvida no intercurso da própria ação penal, eis que se liga previamente ao mérito da ação principal, tendo decisiva influência na existência da infração, e não apenas em suas circunstâncias. Ocorre, contudo, que o incidente processual não tem o condão de obstacular a propositura da ação penal, tão-somente de suspender sua continuidade. E, por referir-se à matéria diversa da do estado de pessoas, a prejudicialidade é facultativa, não ensejando sua suspensão obrigatória, ficando a critério do julgador a detenção do processo.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, depreende-se que o Ministério Público não está vinculado ao prévio exaurimento da jurisdição administrativa, devendo oferecer a Peça Exordial, desde que presentes indícios de autoria e prova da materialidade, podendo para tanto, solicitar informações às autoridades fiscais, que não poderão opor-se a prestá-las, posto que essas sim, estão realmente atreladas à obrigação de representar o contribuinte diante do Órgão Ministerial, no sentido de que esse possa reunir os elementos imprescindíveis ao oferecimento da Denúncia, com a qual será iniciada a competente Ação Penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. *Processo Administrativo Tributário Federal*. São Paulo: Edipro, s.d.
2. BRASIL. Leis, decretos, etc. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 20.ed. São Paulo: Saraiva. S.d.
3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo : Saraiva, s.d. v. 07.
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Ed. Atlas, s.d.
5. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro, São Paulo : Forense, s.d. v. 02.
6. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, s.d.
7. MIRABETE, Júlio Fabbrini: *Código de Processo Penal Interpretado*. 5.ed. São Paulo: Atlas, s.d.
8. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, s.d.
9. NERY Jr., Nelson. *Código de Processo Civil Interpretado*. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

10. PAES, P. R. Tavares. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 6.ed. [s.l.] : [s.n.], 1998.
11. ROSA Jr. da, Luiz Emygdio F. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, s.d.
12. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, s.d.
13. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d. v. 01
14. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa . *Processo Penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, s.d. v. 01

UNIÃO ESTÁVEL

Efeitos Sucessórios e Patrimoniais

Luciana Helena Santos

Advogada. Ex-aluna da Escola da Magistratura de Pernambuco.

"O importante é continuar aprendendo, desfrutar os desafios e tolerar a ambiguidade, pois, em definitivo, não existem certezas"

Marina Horner

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL. 2.1 - Histórico. 2.2 - Conceito. 2.3 - Elementos Essenciais. 2.3.1 - Prolongamento no tempo. 2.3.2 - Ausência de casamento civil válido entre os parceiros. 2.3.3 - Notoriedade. 2.3.4 - Honorabilidade. 2.3.5 - Exclusividade. 2.3.6 - Coabitação. 3 - ESPÉCIES DE CONCUBINATO. 4 - LEGISLAÇÃO ACERCA DA MATÉRIA. 5 - EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL. 5.1 - Alimentos. 5.2 - Bens. 5.3 - Uso do nome. 5.4 - Acidente de trabalho. 5.5 - Pensão por morte. 5.6 - Tributação sobre o imposto de renda. 5.7 - Previdência Social. 5.8 - Lei do Inquilinato. 5.9 - Processo de Inventário. 5.10 - Separação de Corpos. 5.11 - Inível Funcional. 5.12 - Penhora do Bem Comum. 6 - RESTRIÇÕES À UNIÃO ESTÁVEL. 6.1 - Doações. 6.2 - Seguro de vida. 6.3 - Testamento. 6.4 - Casamento. 6.6 - Indenização por morte. 7 - CONCLUSÃO. 8 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda o tema da união estável e seus efeitos patrimoniais e sucessórios. Procura analisar, na medida de nossas modestas possibilidades, mas com clareza e objetividade, os aspectos mais importantes do assunto, tais como pensão alimentícia, partilha de bens, herança, entre outros.

Trata-se de um tema bastante polêmico e com grandes repercussões práticas, tendo em vista o crescente aumento de relacionamentos extramatrimoniais e a es-

casas de normas nesse sentido, o que causa uma série de conflitos entre os envolvidos, uma vez desfeito o enlace afetivo.

O objetivo é mostrar o que vem a ser a união estável, também conhecida pela expressão arcaica e discriminadora de “Concubinato”, e qual o seu campo de atuação na atualidade, diante dos interesses mais relevantes da sociedade, que merecem ser resguardados pelo ordenamento jurídico. Como fonte de consulta foram utilizados os livros e artigos publicados que estão citados, ao final, na bibliografia.

2. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Histórico

O concubinato sempre existiu em todas as civilizações e já chegou a constituir um quase-casamento entre os romanos, mas depois de muito combatido pela Igreja Católica e outras igrejas cristãs, hoje em dia, encontra maior tolerância por parte da sociedade.¹ Vale ressaltar que apenas para parte dessa, pois se por um lado é sabido que vivemos numa era de grande avanço científico e tecnológico, por outro há de ser levado em conta que, à margem de um mundo globalizado, reina uma sociedade ainda muito conservadora e preconceituosa, inclusive aqui no Brasil, onde poucos conseguem sobrepor igualdade, ética, respeito e gratidão ao apego a certas tradições e formalidades.

¹ José Náfel. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 264/265. V. 5

2.2. Conceito

Nas palavras de Maria Helena Diniz, “Ao matrimônio, como instituição social legítima, contrapõe-se o concubinato. Consiste o concubinato numa união livre e estável de pessoas de sexo diferente, que não estão ligadas entre si por casamento civil”². A união estável seria, assim, aquela união evidente entre duas pessoas de sexo diferente, que vivem como marido e mulher, sob o mesmo teto, via de regra, embora não exista entre elas um vínculo matrimonial legítimo, isto é, sem que estejam ligadas entre si por casamento civil válido.

A união estável, também chamada de companheirismo ou concubinato puro foi elevada à categoria de entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, porém nem toda espécie de concubinato, conforme se verá a seguir, receberá as benesses da lei, tendo de preencher rigorosos requisitos para que se configure como tal.

2.3 Elementos Essenciais

Para a caracterização da união estável, faz-se necessária a presença de alguns elementos essenciais, quais sejam:

2.3.1. Prolongamento no tempo: que a distingue de um simples namoro ou união fortuita e passageira. A união estável, como o próprio nome indica, requer estabilidade, o que importa numa ligação permanente

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 271, V. 5

entre o casal, com aparência de casamento perante a comunidade ou posse do estado de casado. Com relação ao aspecto temporal cumpre ressaltar que, nos moldes da Lei 8.971/94, será de, no mínimo, 05 (cinco) anos para que se configure uma união como estável, salvo se houver filhos, fato que dispensa a ocorrência desse lapso de tempo;

2.3.2. Ausência de casamento civil válido entre os parceiros: Uma das peculiaridades da união estável, assegurada pela Carta Magna é a sua conversão em casamento, se assim o desejarem as partes. Pela mesma razão, não pode existir entre os conviventes impedimentos matrimoniais. Se um dos parceiros for casado, esse fato descaracteriza a união como estável para dar lugar ao concubinato impuro, que não é amparado pela lei e será analisado mais adiante. Vale ressaltar que há julgados que admitiram a união como estável, mesmo com um dos companheiros casados, quando havia longa separação de fato, de modo a autorizar a separação judicial ou o divórcio, eis que resta claro o desfazimento do vínculo conjugal anterior e o intuito de constituir nova família;

2.3.3. Notoriedade: não significa publicidade. Os encontros, todavia, não podem ser furtivos ou secretos, mas do conhecimento de um círculo restrito de pessoas, como amigos e vizinhos, que possam atestar a união existente³. Não havendo filhos, é de grande

³ DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 271/273

importância, em processo que vise ao reconhecimento do companheirismo, a ouvida de testemunhas que comprovem um comportamento natural dos companheiros perante terceiros, como se casados fossem, inexistindo, assim, intuito de ocultar a relação.

2.3.4. Honorabilidade: deve existir uma relação de respeito e afeto entre os companheiros. Namoros e aventuras amorosas, sem que exista um sério compromisso entre os parceiros não configuram união estável. Tal como ocorre com a mútua assistência no casamento, entre os conviventes deve existir um comportamento voltado ao auxílio para com o consorte, seja em termos econômicos ou morais.

2.3.5. Exclusividade: revela a intenção de vida em comum, a posse do estado de casado e a presunção *juris tantum* de que os filhos porventura existentes são do casal. O fato de existirem relacionamentos com outros parceiros desvirtua a união como estável. Todavia, é de bom alvitre esclarecer que tal dever de fidelidade é mera relação de fato e não jurídica, que visa tão-somente a valorizar o companheirismo, podendo os parceiros rompê-la livremente, sem sofrerem qualquer sanção, diferentemente do que ocorre entre os cônjuges no casamento⁴. A presunção de fidelidade é afirmada por Maria Helena Diniz⁵, no que discorda, com mais razão, Fabrício Zamprogna Matielo, quando afirma: “Se a fidelidade é presumida no casamento, sen-

⁴ DINIZ, Maria Helena, Op. Cit. p. 272/273.

⁵ Id. *Ibid*.

do exceção que exige prova o adultério, no concubinato puro há premência em demonstrar, por qualquer meio aceito em direito, a retidão comportamental dos consortes. O desconhecimento, pelas testemunhas, de episódios de infidelidade servem para atestar a ocorrência do atributo da exclusividade”⁶

2.3.6. Coabitação: é de suma importância a coabitação como indicativo de companheirismo, em razão do fato de que a união estável deve ter aparência de casamento. Como no casamento pode haver circunstâncias temporárias de separação material entre os consortes, sem que isso venha a desvirtuá-lo, aqui também podem ocorrer circunstâncias que impeçam os concubinos de residirem sob o mesmo teto, em razão de doença, viagem ou profissão, sem que ocorra o fenecimento do companheirismo, desde que preenchidos os demais requisitos para que se configure a relação concubinária, conforme enunciado da súmula 382 do STF.

Esses requisitos são apontados por Maria Helena Diniz⁷ e, segundo a ilustre civilista, a doutrina apresenta, ao lado desses elementos tidos como essenciais, outros de natureza secundária, tais como: compenetração das famílias; criação e educação pela concubina dos filhos de seu companheiro; casamento religioso, sem o civil e sem sua inscrição no Registro Público; casamento no estrangeiro de pessoa separada judicial-

6 MARTIELLO, Fabrício Zamprogna. União Estável/Concubinato – Repercussões jurídico-patrimoniais. 3. ed. Porto Alegre. Sagra Luzzatto. 1996, p. 28.

7 Op. Cit. p. 273-274.

mente; existência de contrato de concubinato, pelo qual os parceiros convencionam viver sob o mesmo teto, estipulando normas concernentes a questões morais e econômicas, manifestando intenção de união, criando uma sociedade de fato que se destina à comunhão de esforços e recursos, aliados a interesses mútuos.⁸

3. ESPÉCIES DE CONCUBINATO

Antes de abordar os efeitos decorrentes da relação concubinária, faz-se necessário esclarecer que há duas espécies de concubinato, quais sejam, o *concubinato puro* e o *concubinato impuro*, que produzem conseqüências jurídicas diversas.

O concubinato puro é o que está tratado no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, elevado à condição de entidade familiar, também chamado de união estável ou companheirismo. É sobre ele que versam as Leis 8.971/94 e 9.278/96. Assim, será puro o concubinato entre os solteiros, viúvos, separados judicialmente e divorciados, ou seja, entre aqueles que não se acham envolvidos por vínculos matrimoniais.

Será impuro se um dos parceiros, ou ambos, se encontra comprometido ou impedido legalmente de casar. Sob esse prisma, pode apresentar-se como adúlterino ou incestuoso (se existir parentesco próximo entre os amantes). Dessa espécie de concubinato podem decorrer algumas conseqüências jurídicas, se presentes determinadas circunstâncias a serem reconhe-

8 Id. *ibid.*

cidas em juízo. Todavia, a concreta proteção da lei só é deferida ao companheirismo. Sendo o concubinato impuro e, portanto, inaplicável a legislação acerca da matéria, poderá haver o reconhecimento de uma sociedade de fato entre os concubinos, gerando resultados pecuniários entre eles e divisão do patrimônio comum.

4. LEGISLAÇÃO ACERCA DA MATÉRIA

Nosso Código Civil, que data de 1916, não previa nada que amparasse essa espécie de relação. A única alusão a respeito é a constante no inciso primeiro do artigo 363 como um dos elementos que autorizavam o ingresso da ação de investigação de paternidade. O concubinato puro foi reconhecido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, como entidade familiar, tendo o nosso ordenamento jurídico estabelecido normas que reprovam o concubinato impuro, como veremos mais adiante no item 6.

Buscando dar cumprimento ao mencionado dispositivo, foram editadas as Leis n.ºs 8.971, de 29/12/94 e 9.278, de 10/05/96 (essa também conhecida como Lei do Concubinato), que regulam o supracitado artigo de forma específica e cujos efeitos só alcançam os concubinos da modalidade pura.

A Lei 8.971/94 garantiu aos companheiros o direito a alimentos e sucessão *causa mortis* por ocasião do óbito de qualquer deles. Não sendo a morte a causa do rompimento do companheirismo, a partilha do acervo comum deverá ser realizada com base nos disposi-

tivos da Lei 9.278/96, ou conforme os regramentos atinentes à sociedade fática, conforme seja o caso.

A Lei 8.971/94 também estabeleceu o prazo mínimo de 05 (cinco) anos para que a união possa ser tida como estável, para com isso produzir os efeitos delineados naquele diploma legal. Tal lapso temporal deverá ser provado através de todos os meios de prova em direito admitidos, com destaque para documentos, certidão de casamento religioso, fotografias, dependência previdenciária, testemunhas etc. O prazo mínimo só deixa de ter relevância na hipótese de haver prole comum, desde que provados os demais requisitos.

Por ocasião de sua promulgação, a Lei n.º 9.278/96 suscitou enorme polêmica ao não distinguir um namoro longo de uma convivência duradoura, tendo em vista que não estabeleceu prazos, o que causou enorme insegurança entre casais que partilhavam o mesmo teto, resultando numa corrida aos cartórios, onde foram firmados contratos, nos quais os companheiros abriam mão do direito às respectivas heranças e pensões.

É importante esclarecer que, conforme lição de Aírton Rocha Nóbrega⁹, a própria Lei do Concubinato ao se referir à convivência duradoura, pública e contínua, deixou implícita a possibilidade de verificação do tempo de duração dessa relação, não só pelo emprego da palavra convivência, como também porque duradoura somente poderá ser a relação que, dentro de um lapso de tempo, se mantenha de forma efetiva. Dura-

⁹ NÓBREGA, Aírton Rocha. *Convivência More uxório*. Revista Consulex, Brasília, v.01, ano 2, n. 20, p. 34, ago. 1998.

douro, nunca pode ser o que se estabelece por um ato eventual ou de forma efêmera, ocasional.

Dita lei também estabeleceu que para a convivência gerar direitos e a proteção legal terá necessariamente que ser estabelecida com o *objetivo de constituição de família*, nos mesmos moldes do matrimônio, preenchidos os elementos essenciais para que se configure a união estável.

Para Caio Mário da Silva Pereira, o tempo de duração não é fundamental para que se caracterize uma união como estável, sendo relevante que ela seja duradoura e exista entre os conviventes o intuito de constituir família, nos mesmos moldes do casamento, gerando *“a convicção de que pode marchar para a relação matrimonial”*¹⁰.

Como a Lei 9.278/96 não estabeleceu expressamente um prazo para que se caracterize a relação concubinária, o entendimento predominante é que há de se preservar e respeitar o estabelecido na lei anterior (8.971/94)¹¹ a qual, para efeitos específicos de concessão de alimentos, dispõe que *“a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”*.

Sobre o tema dispõe o advogado e professor Airton Rocha Nóbrega:

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. V, p. 45.

11 NÓBREGA, Airton Rocha, *Op. Cit.* p. 34.

Para que se venha a admitir e a reconhecer a união estável entre um homem e uma mulher, conferindo-lhes efeitos legais, ter-se-á que exigir a demonstração indubitosa dessa relação, seja pela demonstração de que convivem eles, como marido e mulher, debaixo do mesmo teto há mais de cinco anos, ou, por qualquer tempo, quando houver filhos em comum.

*O relacionamento eventual, o simples encontro, mesmo quando seguido de relações íntimas, poderá até se prestar à geração de efeitos no mundo jurídico quando, em decorrência, vier a mulher a engravidar, resultando desse fato para o seu parceiro eventual, as obrigações que normalmente advêm, relacionadas ao dever de contribuir para a manutenção da prole gerada, assim como o direito de sucessão que para o filho nasce nesse instante.*¹²

A mesma linha de raciocínio segue Fabrício Zamprogna Maticlo quando afirma:

Ao referir a necessidade de que o relacionamento seja duradouro, o legislador implicitamente remete ao conteúdo da Lei n.º 8.971/94, que define como tempo mínimo de convivência o espaço de cinco anos ininterruptos. Não há como fugir dessa verdade jurídica, pois seria de todo sibilino pretender fixar prazo mínimo certo para o caso da definição de direitos sucessórios e incerto, variável consoante a cena particular dos episódios concretos, quando o objetivo fosse o de delimitar a situação patrimonial de relações rompidas em vida.

O requisito da duração por lapso temporal de cinco anos pode ser substituído, conforme estatuído na Lei do

12 *Op. Cit.* p. 34.

*Companheirismo, pela superveniência de prole comum, associada à presença das características enumeradas acima, exigíveis em toda e qualquer união estável.*¹³

A comprovação da união estável, bem como o seu tempo de convivência, exige um conjunto de documentos e evidências, que formem a convicção do juiz.

Contratos de locação, comprovantes de pagamentos, fotografias do casal, passagens aéreas em nome dos dois, carnês de crediário, dependência fiscal e previdenciária, correspondências comerciais – todos eles são fundamentais como provas. Assim como testemunhos de parentes ou amigos e cartas que revelem a intimidade do casal.

5. EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DA UNIÃO ESTÁVEL

De acordo com Maria Helena Diniz¹⁴, embora a união concubinária não gere consequências idênticas às do matrimônio, a legislação extravagante e a jurisprudência têm evoluído no sentido de possibilitar que produza alguns efeitos jurídicos. São eles:

5.1. Alimentos

Só fará jus ao pleito de alimentos o companheiro de concubinato puro, conforme estabelece o artigo 1º da Lei 8.971/94, isto é, pessoas legalmente desimpedi-

¹³ Op. Cit. p. 74-75.

¹⁴ Op. Cit. p. 279

das para contraírem matrimônio. Todavia, há julgados que entendem que, diante de longa separação de fato, o concubino tem direito a alimentos. Diante disso, ao concubino(concubina) de pessoa casada não é assegurado o pleito de alimentos, ou seja, as “amantes” continuam desamparadas nesse sentido.

O benefício alimentar será devido até que o credor constitua nova união, ainda que de forma impura, ou possa, de outra forma, manter-se por seus próprios meios, situações que deverão ser efetivamente provadas pelo devedor para que o mesmo venha a desonerar-se do encargo.

A título de prestação alimentícia dispõe a lei que a mesma será devida, uma vez extinta a união estável, ao companheiro que dela necessitar, o que permite a qualquer dos ex-conviventes a propositura de ação de alimentos, desde que provados todos os requisitos atinentes à união estável, insuficiência de recursos para sua subsistência e possibilidade de provisão por parte do devedor, assim como ocorre em todo direito alimentar. Vale repisar que tal obrigação decorre da lei, tendo em vista a extinção do companheirismo, nada tendo a ver com culpa de qualquer dos conviventes, ao contrário do que ocorre no matrimônio.

5.2. Bens

Com relação à *sucessão causa mortis*, a lei 8.971/94 trouxe uma série de inovações à medida que garante ao companheiro sobrevivente o direito ao usufruto da quarta parte dos bens dos filhos do falecido, seguin-

do regra semelhante à estabelecida no parágrafo primeiro do artigo 1.611 do Código Civil para o cônjuge viúvo casado sob o regime de separação de bens. Não havendo filhos vivos, mas ascendentes, o direito de usufruto é assegurado ao companheiro sobrevivente sobre a metade dos bens deixados pelo *de cuius* (tal benefício estará sempre condicionado a não constituição de nova união, seja ela matrimonial ou extramatrimonial¹⁵).

Cumpra observar que se trata apenas de uma limitação no direito de propriedade, posto que os herdeiros ficarão privados de parte do acervo hereditário enquanto viver o companheiro sobrevivente, exceto se esse vier a constituir nova união ou renunciar ao benefício, hipóteses que extinguem o usufruto consolidando-se a propriedade nas mãos dos herdeiros. Caso os nus-proprietários venham a falecer durante a vigência do usufruto, a consolidação da propriedade dar-se-á na pessoa dos herdeiros daqueles.

Só estará assegurada a propriedade plena ao companheiro sobrevivente se, ao tempo do óbito do *de cuius*, inexistiam descendentes ou ascendentes vivos. Note-se que a lei respeitou a ordem de vocação hereditária assegurada pela norma jurídica, posto que preservou o direito de propriedade aos herdeiros necessários, colocando apenas o gravame do usufruto sobre parcela dos bens do acervo do falecido, em favor do companheiro supérstite, desde que preenchidos os requisi-

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit. p. 49

tos legais, inclusive no tocante ao lapso temporal e à vitalidade do liame ao tempo do óbito. Com relação à hipótese do recebimento da totalidade da herança por parte do companheiro sobrevivente, sábias são as palavras de Caio Mário da Silva Pereira quando afirma que “a condição de herdeira da ‘totalidade da herança’, previsto no art. 2º, III não afastou o direito do falecido, de testar e de dispor por testamento de sua meação disponível. O companheiro sobrevivo terá direito à ‘totalidade da herança’ se não houver disposição testamentária, limitando-a”¹⁶.

Se os bens estiverem em nome do companheiro sobrevivente, ao herdeiro é assegurado o direito de reclamar sua metade cabível. Outrossim, cumpre observar que o sobrevivente terá direito à metade dos bens deixados pelo falecido, desde que resultem de atividade na qual tenha havido colaboração daquele. Aqui, há a presunção *juris tantum* de que os bens são comuns entre os companheiros, independente da quantificação da colaboração prestada por cada um, ao contrário da sociedade fática, onde terá de ser provado qual a exata contribuição de cada qual para dar lugar à partilha do acervo. Note-se que, num caso (falta de ascendentes ou descendentes), é irrelevante a contribuição do sobrevivente na construção do acervo para que venha a receber a propriedade dos bens; noutro faz-se necessário que tenha efetivamente havido colaboração na formação do patrimônio, direito esse assegurado independente da existência de herdeiros necessários. Tal

16 Op. Cit. p. 49.

colaboração pode ser de ordem material ou moral como bem ensina Caio Mário da Silva Pereira:

*"O vocábulo 'colaboração' por ter significado mais amplo que 'contribuição', força é convir que abrange toda espécie de co-participação, seja em valores, seja em força de trabalho, seja ainda de maneira indireta, como na hipótese de proporcionar ambiente doméstico que propicie ao companheiro (ou companheira) dirigir sua energia, esforço ou imaginação criativa, para o acúmulo dos bens deixados pela de cujus."*¹⁷

A Lei 9.278/96 trata da partilha de bens caso a união seja rompida por causa diversa do óbito de um dos companheiros, prevendo a hipótese desses contratarem por escrito em torno de questões materiais, como a destinação do acervo comum adquirido na constância da união estável.

A nova lei também inovou ao afirmar que os bens móveis ou imóveis adquiridos a título oneroso durante a união estável pertencem a ambos os conviventes em partes iguais, independentemente da colaboração na aquisição, pois há a presunção de esforço conjunto para formação do acervo, hipótese que só se afasta se houver estipulação em contrário em contrato escrito. Bens adquiridos a título gratuito como herança e doações são incomunicáveis, assim como aqueles obtidos com o produto desses ou de outros adquiridos anteriormente ao início da união. É de bom alvitre esclarecer que nem sempre há a presunção de aquisição conjunta dos

.....
17 *Op. Cit.* p. 50.

bens na constância da união. Nesse sentido dispõe Fabrício Zamprogna Matielo:

*A presunção de que os bens móveis e imóveis adquiridos durante a constância da união estável pertencem a ambos os consortes não pode prevalecer quando os envolvidos estiverem, ao início da relação, em idade superior àquela prevista como máxima para a adoção livre do regime de bens. Se o legislador exigiu que o regime de bens no casamento fosse o da separação obrigatória em se tratando de homem maior de sessenta ou mulher maior de cinquenta anos (artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil), certamente tal princípio é de ser aplicado no companheirismo, por presente também nele a necessidade de proteção daquelas pessoas contra os aventureiros, dificultando golpes de indivíduos interessados apenas no aspecto econômico da relação."*¹⁸

A nova lei também inovou ao assegurar que, por ocasião do óbito de um dos companheiros, o sobrevivente terá direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento. Todavia, há de se ponderar que caso existam outros imóveis localizados na mesma circunscrição, que também possam ser utilizados como moradia, não há razão para que vigore tal benefício. O artigo 167 da Lei de Registros Públicos determina que a constituição do direito real de habitação depende da inscrição do respectivo título junto ao registro do imóvel para que tenha validade *erga omnes* e possa ensejar oposição a terceiros.

.....
18 *Op. Cit.* p. 87.

Com relação à alienação do bem imóvel sujeito à partilha, sábias são as palavras de Fabrício Zamprogna Matielo:

Como inexistente exigência da lei quanto à necessidade de concordância expressa do companheiro, quando o bem imóvel sujeito à partilha esteja sendo alienado por aquele que o tem registrado exclusivamente em nome próprio, é impositivo concluir que a concretização da transferência não resta passível de invalidação por tal fundamento. (...) Restará ao consorte prejudicado a busca da recomposição por perdas e danos.¹⁹

Os companheiros do concubinato impuro, no qual um concubino, ou ambos, tenha impedimento legal para contrair matrimônio, só terão direito à meação se provarem que contribuíram para a aquisição dos bens, segundo as normas pertinentes à sociedade de fato, de modo a evitar o enriquecimento ilícito de um em prejuízo do outro.

Para se resguardar os direitos após a morte do companheiro ou companheira, cabe ao sobrevivente ingressar com a Ação de Reconhecimento de Sociedade de Fato ou Ação de Justificação Judicial de Concubinato e requerer a reserva da sua cota no quinhão a ser partilhado. Tal regra também vale para o convivente do concubinato impuro, tendo em vista a sociedade fática, nos moldes já delineados. O interessado pode solicitar a suspensão do inventário proposto, enquanto tramitar a ação destinada ao reconhecimento de companheirismo

¹⁹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op.Cit. p. 79

ou sociedade de fato com o autor da herança, devendo o magistrado avaliar cuidadosamente a presença dos elementos essenciais. Essa suspensão não poderá ultrapassar o lapso de um ano, conforme estabelece o parágrafo 5º do artigo 265 do CPC. Se houver acordo e capacidade jurídica dos envolvidos na demanda, nada impede o reconhecimento da sociedade fática ou companheirismo nos autos do inventário.²⁰

Segundo o conceituado processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “a ação de justificação tem por objetivo documentar fatos, podendo, contudo, prestar-se a dois objetivos diferentes: a) servir meramente de documento para o promovente, sem caráter contencioso; b) servir de prova em processo regular”²¹. E conclui dizendo: “O objetivo específico é, em síntese, a coleta de prova testemunhal a respeito dos fatos que o requerente indica na sua petição inicial (art. 863 CPC)”²².

Dessa forma, na ação de justificação judicial de concubinato (ou declaratória de sociedade de fato), inexistente o contraditório. O magistrado não emite qualquer julgamento, limitando-se a conferir, extrinsecamente, se foram cumpridas as formalidades legais, sem qualquer pronunciamento sobre o conteúdo da prova colhida, pois a valoração da prova e as suas conseqüências jurídicas deverão ser analisadas pelo juiz da ação ou pela autoridade administrativa perante quem deva ser utilizada²³. Sendo o caso de habilitação em processo de inventário, pelo juízo da vara de sucessões.

²⁰ Id. *ibid.* p. 112-119

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* Vol. II, 29. ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, p. 467

²² Id. *ibid.*

²³ Id. *ibid.* p. 466-467

5.3. Uso do nome

É permitido que a concubina venha a usar o nome do companheiro, caso a vida em comum perdure por mais de 5 anos e se existam filhos em comum. Para que a mulher possa usar o nome do companheiro é preciso que haja concordância dele, conforme estabelece o parágrafo 3º do artigo 57 da Lei 6.015/73. Se, contudo, já houver falecido, a mulher pode provar que durante o tempo em que viveram juntos ela já usava o nome dele em contas bancárias e em outros assuntos de conhecimento público. Dessa forma, a Justiça dará o direito de continuar usando o sobrenome do ex-companheiro. Tratando-se de companheiro separado judicialmente, para que a companheira tenha direito ao uso do sobrenome dele faz-se necessário que a ex-consorte não continue usando o nome do ex-marido (art.57, § 4º da Lei 6.015/73). Compete à justiça estadual decidir pedido de brasileira naturalizada para adicionar patronímico de companheiro brasileiro nato, conforme enunciado da súmula 51 do antigo TFR.

5.4. Acidente de trabalho

É conferido à companheira mantida pela vítima de acidente de trabalho os mesmos direitos da esposa legítima – se essa não existir ou não tiver direito ao benefício, por ter sido culpada pela separação- desde que tenha sido declarada como beneficiária na carteira profissional, no registro de empregados ou em qualquer outro ato solene de declaração de vontade do acidentado.

5.5. Pensão por morte

A companheira poderá ser beneficiária de pensão deixada por servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, separado judicialmente ou viúvo que não tenha filhos capazes de receber o benefício e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento. Se tal servidor tiver filhos, somente poderá destinar à companheira, que vive sob sua dependência econômica há 05 anos, metade da pensão (Lei 4.069/62, art. 5º, §§ 3º e 4º). Também poderá ser considerada beneficiária de congressista falecido no exercício do mandato, cargo ou função (Lei 4.284/63).

5.6. Tributação sobre o imposto de renda

Possibilita-se que o contribuinte de imposto de renda, separado judicialmente e que não responda pela manutenção do ex-consorte, abata como encargo de família pessoa que viva sob sua dependência há 05 anos, desde que a tenha incluído entre seus beneficiários e que ainda subsista impedimento matrimonial.

5.7. Previdência Social

A companheira poderá ser beneficiária dos favores da legislação social e previdenciária. A Lei de Benefícios da Previdência Social permitiu que a companheira receba pensão e concorra com os filhos menores de seu companheiro, a menos que esse tenha deliberado em contrário, podendo essa previdência ser to-

mada até mesmo após o falecimento do mesmo e desde que provados os elementos essenciais da união estável. É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira (Súmula 159 do TFR). A concubina, se dependente habilitada perante a Previdência Social, pode receber os valores devidos pelo empregador de seu companheiro, os montantes de contas de FGTS e PIS-PASEP, as restituições relativas ao imposto sobre a renda, os saldos de contas bancárias, de cadernetas de poupança, ou de contas de fundos de investimento, desde que não ultrapassem o valor correspondente a 500 das antigas BTN's, não recebidos em vida do titular.

5.8. Lei do Inquilinato

A Lei 8.245/91, que regula as locações de imóveis urbanos e procedimentos a elas referentes, fez expressas referências ao companheirismo, autorizando a concubina a continuar a locação, havendo morte do companheiro. O artigo 11 estabelece que nas locações residenciais, por ocasião da morte do locatário, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro, bem como herdeiros necessários e demais pessoas que viviam sob dependência econômica do falecido, assim sucessivamente, ficam sub-rogados nos seus direitos e obrigações. O artigo 12, por seu turno, assegura o prosseguimento automático da locação, no caso de dissolução da união estável, com o companheiro que permanecer no imóvel. Há, na lei, uma certa equiparação entre companheiros e cônjuges no tocante aos benefícios em favor dessas pessoas.

5.9. Processo de Inventário

A concubina que teve seu direito à meação reconhecido judicialmente pode ser nomeada inventariante. Nesse sentido dispõe Fabrício Zamprognia Matielo:

Tem-se decidido nos tribunais pátrios que a ordem seqüencial prevista no artigo 990 não é de observância rígida e absolutamente obrigatória, podendo ocorrer preterição dos componentes da listagem quando, a critério do julgado, nenhum deles estiver apto a exercer o munus (RTJ 101/667). Logo, ao magistrado, sopesadas as peculiaridades do caso concreto, é dado nomear o companheiro ou concubino em relação impura como inventariante, eis que podem vir a ser considerados pessoas idôneas e habilitadas a desempenhar as funções. Para isso, o concubino terá de provar o interesse jurídico de agir, consubstanciado em direito que lhe atribui a lei sobre o acervo, v.g., como herdeiro em testamento, legatário, ou incidência de legislação especial, notadamente a Lei do Companheirismo.

Sendo o caso de união estável, o companheiro estará legitimado a pleitear a nomeação como inventariante a partir da sua condição de sucessor do de cujus, conforme estabelecido pela Lei n.º 8.971/94, que regula alimentos e sucessão entre companheiros.²⁴

5.10. Separação de Corpos

A companheira pode usar medida cautelar inominada para afastar concubino do lar concubinário, com

²⁴ Op. Cit. p. 114/115.

base no poder geral de cautela que é atribuído ao magistrado, conforme preleciona o artigo 798 do CPC e desde que estejam presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, isto é, plausibilidade do direito postulado e presença do risco que o bem jurídico tutelado venha a fenece caso não haja resguardo jurídico imediato, requisitos indispensáveis à qualquer medida cautelar. A tutela final terá de ser requerida através do ajuizamento da ação principal (ação de dissolução de união estável, ação de alimentos, ação de justificação de concubinato, entre outras) no prazo legal estabelecido no artigo 806 do CPC. Tal medida se assemelha à Separação de Corpos que é uma medida cautelar preparatória da Separação Judicial, a qual visa ao afastamento de um dos cônjuges do lar, quando qualquer deles estiver causando perturbação ou risco de agressão física ao outro, sem que isso importe em violação do dever matrimonial de coabitação, isto é, abandono de lar, que é um dos fatos que ensejam a separação judicial litigiosa.

5.11. Imóvel funcional

A companheira do servidor aposentado falecido é considerada legítima ocupante de imóvel funcional, desde que nele permaneça residindo.

5.12. Penhora do bem comum

A concubina é parte legítima para opor embargos de terceiro visando a excluir a penhora de imóvel resi-

dencial do casal com fundamento na Lei n.º 8.009/90, com o objetivo de resguardar a meação a que tem direito, desde que a fiança tenha sido prestada sem o seu consentimento. Aqui não há necessidade de prévia declaração judicial acerca da união estável, mas tão-somente o preenchimento de todos os requisitos para sua configuração, podendo essa prova ser produzida nos mesmos autos dos embargos ajuizados pelo convivente atingido pela penhora.²⁵

Tais direitos, como bem observa Maria Helena Diniz, em lição de Limongi França, não são exclusivos da companheira, mas cabem também ao companheiro, com caráter de plena reciprocidade.

6. RESTRIÇÕES À UNIÃO ESTÁVEL

Maria Helena Diniz aponta alguns direitos que são vedados em relações concubinárias impuras como forma de reprovação às mesmas²⁶. São eles:

6.1. Doações

Há proibição de doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 1.177 CC), como forma de evitar o desfalque no acervo patrimonial do casal, em prejuízo da prole e da mulher. A norma do art. 248, IV do CC, confere à mulher casada o direito de reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina. Tanto a consorte enganada como

²⁵ MATIÊLO, Fabrício Zampragna. *Op. Cit.* p. 124

²⁶ *Op. Cit.* p. 276/278

os seus herdeiros necessários poderão promover ação anulatória da referida doação feita pelo adúltero ao seu cúmplice, até 2 anos depois da dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 178, § 7º). Se a doação for alusiva a dinheiro de contato, com o qual a concubina adquiriu bem imóvel, a mulher casada só poderá reclamar a importância em dinheiro e não a coisa adquirida com ele.

6.2. Seguro de vida

Há proibição de instituição de concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, ao prescrever “*não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber doação do segurado*” (art. 1.474 CC), tendo em vista a preservação do direito do cônjuge e dos herdeiros necessários. Contudo, a companheira poderá ser beneficiária de seguro de vida se seu amante não for casado ou separado de fato (Súmula 122 do TFR).

6.3. Testamento

A concubina do testador casado não pode ser nomeada herdeira ou legatária, desaparecendo a proibição se o testador for solteiro, viúvo ou separado judicialmente. Todavia, há julgados entendendo que a longa e irreversível separação de fato desveste o concubinato da conotação de impuro, habilitando a ex-concubina a receber legado deixado pelo testador.

6.4. Casamento

É vedado o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado, conforme estabelece o inciso VII do art. 183 do Código Civil, observadas as disposições do art. 240 do Código Penal acerca do adúltero.

6.5. Indenização por morte

A concubina não tem direito à indenização por morte do amante em desastre ou acidente. Todavia, há decisões em sentido contrário (Súmula 35 do STF). Da mesma forma, a amante não pode pedir ressarcimento na hipótese de homicídio perpetrado contra o concubino.

7. CONCLUSÃO

A família, como base da sociedade, detém especial proteção do Estado consoante assegura o artigo 226 de nossa Lei Maior. Tal dispositivo abrange não só a família legitimamente constituída, conforme as rígidas regras estabelecidas no Código Civil brasileiro para o matrimônio, mas também a família decorrente da união estável, contínua e duradoura, estabelecida entre um homem e uma mulher, também reconhecida como entidade familiar no parágrafo 3º do supracitado artigo que determina à lei ordinária facilitar sua conversão em casamento.

Até a Constituição de 1988, nada havia em nosso ordenamento jurídico que protegesse os interesses das pessoas que viviam em companheirismo, à margem das formalidades exigidas para o matrimônio válido. Nosso vetusto Código Civil, que é de 1916, nada dispõe sobre a matéria, fato perfeitamente compreensível para a época em que foi promulgado.

No entanto, apesar de ainda vivermos numa sociedade extremamente conservadora e presa às velhas tradições, mesmo com tantos avanços científicos e tecnológicos, não se pode negar que de 1916 até os dias atuais muitos costumes mudaram e esse tipo de relação passou a ser mais tolerado por parte da sociedade. O fato é que, mesmo assim, a união estável ainda é vista de forma muito preconceituosa e as próprias expressões referentes aos companheiros provam isso: concubinos, amásios, amantes etc.

A legislação busca amparar aqueles que convivem maritalmente sem que exista vínculo matrimonial, sem que isso venha a enfraquecer o instituto do casamento civil, celebrado com as formalidades que a lei exige, aparando de forma bem mais extensa os consortes. Logo, busca-se tão-somente regular uma situação de fato cada vez mais comum hoje em dia, ante a omissão da lei ordinária, mas não colocar o matrimônio em patamar inferior, ao contrário do que insistem em afirmar alguns juristas, entre os quais a ilustre Maria Helena Diniz²⁷. Ao companheirismo não alcançam os amplos direitos e deveres assegurados aos cônjuges no

27 *Op. Cit.* p. 286.

casamento civil. Tanto é assim que na união estável, ao ser dissolvida, inexistem discussões em torno de culpa ou sanção para qualquer dos companheiros. Ademais, o próprio constituinte determinou à lei ordinária que facilitasse sua conversão em casamento, mostrando com isso que não pretendia igualar a entidade familiar ao casamento²⁸. O que não se admite é deixar de resguardar os interesses mais prementes da sociedade, ante a ausência de algumas formalidades ou até mesmo de leis, pois para que o direito exerça sua influência na regulação da proteção de bens jurídicos, é necessário sua adequação às circunstâncias sociais e não há como negar a existência do companheirismo como uma realidade social e jurídica. Não fosse assim, haveria uma enorme desproporcionalidade entre o Direito e o mundo exterior, o que, por via de consequência, fragilizaria todo o ordenamento jurídico, tornando-o ineficaz como instrumento de controle da vida social. Dessa forma, cabe ao Judiciário a atuação vinculada aos termos e princípios contidos na Constituição Federal, bem como na legislação em vigor, para bem assegurar os direitos daqueles que vivem em companheirismo.

8. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5.

28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 44.

2. MATIELO, Fabrício Zamprogna. *União Estável/Concubinato: Repercussões jurídico-patrimoniais*. 3. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.
3. NÓBREGA, Airton Rocha. Convivência More uxório. *Revista Consulex*, Brasília, a. 2, v. 1, n. 20, p. 34, ago 1998.
4. NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: v. V II. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
6. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II.

A CULPA COMO FATOR PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE E DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO.

Lúcio Grassi de Gouveia

Juiz de Direito da Capital, Doutorando em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Mestre em Direito pela UFPE, Professor de Direito Processual Civil da Escola de Magistratura de Pernambuco, da Universidade Católica de Pernambuco e do Curso de Pós-Graduação da UFPE, Coordenador de Pesquisa, Divulgação Científica e Cultural da Esmape

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - DIVÓRCIO E CULPA NO DIREITO BRASILEIRO. 2.1 - Divórcio e culpa no ordenamento jurídico brasileiro antes da Constituição Federal de 1988. 2.2 - Divórcio e culpa no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988. 2.3 - Divórcio e culpa no Projeto de Reforma do Código Civil brasileiro. 3 - A EVOLUÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS. 4 - CONCLUSÕES. 5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

No Direito brasileiro, o art. 226, § 6º da Constituição Federal trata o divórcio como um direito assegurado constitucionalmente a todas as pessoas que tenham casado no Brasil, exigindo para a decretação do mesmo a separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de

fato por mais de dois anos. Trata-se, como veremos, de sistema jurídico que adotou o divórcio-ruptura, mas não de forma plena como o fez o sistema alemão, que nesse aspecto mantém certa dianteira em relação aos outros ordenamentos jurídicos.

O direito francês aceita como fundamento do divórcio a ruptura da vida em comum (arts. 229 e 237 a 241 do Code Civil) e a *faute* de um dos cônjuges (arts. 229 e 242 a 246 do Code Civil). Ainda há restrições à substituição do divórcio-sanção pelo divórcio-ruptura. "Mantém um *"devoir de secours"* quando o divórcio é decretado *"en raison de la rupture de la vie commune"* (arts. 281^o a 285^o) a cargo do cônjuge que teve a iniciativa, concretizada numa pensão alimentar que tem em linha de conta o nível de vida"¹.

No direito português, Antunes Varela afirma ser o casamento causa anormal de extinção da relação matrimonial, indicando ser a regra a perpetuidade e a exceção o divórcio². Ocorre que o fato de estatisticamente o número de casamentos que se dissolvem por morte ser superior ao dos que se dissolvem por divórcio não autoriza seu tratamento como anormalidade. Não se pode tratar um direito assegurado constitucionalmente como anormalidade, mas como direito de todo e qualquer cidadão português casado que não esteja satisfeito com a relação com o outro cônjuge e preencha os requisitos legais para sua obtenção.

1 CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família e das Sucessões - Relatório apresentado no concurso para professor associado da FDLL, Lisboa, 1995, p. 91.*

2 VARELA, Antunes. *Direito de Família*. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Livraria Petrony, Lda Edições, 1996, p. 468.

Apesar disso, a legislação portuguesa pós-reforma de 77/78 permanece dando ênfase especial ao sistema divórcio-sanção em detrimento ao divórcio-ruptura ou divórcio-remédio. No direito português, permanece a relevância da noção de culpa (apesar de muitos autores se posicionarem em sentido contrário), chegando o ordenamento jurídico a determinar que o tribunal, de ofício, investigue a culpa em casos de divórcio com base em causas objetivas. A declaração de que o cônjuge é culpado (único ou principal) terá especial relevância para fixação de efeitos do divórcio.

Na Itália, alguns ainda entendem haver restrições (art. 3^o, n^o 2, al. b da Lei do Divórcio italiana) ao desaparecimento do fator culpa como motivo determinante, apesar de a última reforma ter buscado afastá-lo.

2. DIVÓRCIO E CULPA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro admite o divórcio direto após separação de fato ocorrida há 02 anos consecutivos (divórcio direto) ou por conversão de separação judicial ocorrida há mais de um ano (divórcio conversão dos arts. 40 e 25 da Lei do Divórcio), independentemente da discussão da causa da dissolução, bastando a prova dos requisitos mencionados em lei.

Porém, prevê a Lei do Divórcio o dever de assistência do cônjuge que teve a iniciativa da separação judicial, nos casos de o divórcio resultar de separação judicial litigiosa oriunda da ruptura da vida em comum

por mais de um ano ou por doença mental de cura improvável, com duração de 05 anos.

A própria separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (art. 3º da Lei do Divórcio), sendo admitida por mútuo consentimento para os casados há mais de 02 anos (art. 4º da lei do divórcio).

2.1 Divórcio e Culpa no Ordenamento Jurídico Brasileiro antes da Constituição Federal de 1988

Diante da realidade anterior à Constituição Federal de 1988, restava no texto legal uma idéia de culpa:

- a) na previsão de guarda de filhos em separação litigiosa, podendo, porém, o juiz decidir de forma diversa, ficando com a mãe no caso de responsabilidade de ambos, salvo em caso de prejuízo para os menores (§ 1º);
- b) para efeito do uso do nome (arts. 17 e 18 da Lei do Divórcio) na separação, o que foi modificado posteriormente em relação ao divórcio, pois o art. 25 da lei nº 8408/92 prescreve, como regra, a perda pela mulher (deve ser do cônjuge, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade) do nome de família, desvinculando-se da idéia de culpa;
- c) para efeito de alimentos.

Observe-se que a culpa já não tinha relevância para efeito de alteração de regime de bens, revogação de

negócios jurídicos, alteração de testamentos e fixação de indenização (como decorrência imediata do divórcio).

Assim, o direito de família atribuía à separação culposa posição de relevo.

É que à luz do Código Civil de 1916, inspirado na linha dominante da codificação europeia do século XIX, considerava-se o casamento indissolúvel e a separação, em regra, culposa, gerando um conjunto de sanções patrimoniais e não-patrimoniais contra o cônjuge faltoso.

A noção de culpa identificava um comportamento causador de dano (por si só, necessariamente) injusto, ou seja, a dissolução do vínculo conjugal. E com efeito tal circunstância derivava do fato de que, para o Código Civil, a família representava uma instituição fundada no casamento, e a esse, portanto, inexoravelmente vinculada. Daí uma certa sublimação do casamento, instituição transpessoal, intrinsecamente legítima.

O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, na separação, configurava-se como esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram.

Diante de tal realidade, tudo o que pudesse representar ameaça ao casamento suscitava hostilidade do legislador, sendo a unidade formal do casamento um valor superior ao interesse individual da

mulher ou do marido que pretendessem se separar. Daqui decorria todo o regime rígido de preservação da estrutura familiar em torno do casamento, tanto no que concerne ao vínculo matrimonial, como no tocante à relação entre os cônjuges e à relação entre pais e filhos.

Nessa linha admitia-se a indissolubilidade do casamento, repudiavam-se estruturas familiares diversas (antigo concubinato e atual união estável), dificultava-se a invalidação do casamento, dificultava-se o desquite (denominado atualmente separação judicial), erigia-se a presunção quase absoluta de paternidade do marido em relação aos filhos da mulher casada, mesmo contra todas as evidências, confiava-se a chefia da sociedade conjugal ao marido e atribuía-se ao pai todo o poder sobre os filhos, que eram muitas vezes "sacrificados" em benefício de uma unidade familiar (até mesmo na fixação da guarda em favor do cônjuge inocente ou menos culpado, que nem sempre era o melhor para os filhos) - tudo visando ao interesse na manutenção da unidade formal do casamento, de uma suposta "paz doméstica".

2.2 Divórcio e Culpa no Ordenamento Jurídico Brasileiro após a Constituição Federal de 1988

Com a Constituição da República de 1988, alterando inclusive o conceito de unidade familiar, procedeu-se a uma profunda revisão dos critérios interpretativos em direito de família, tendo sido alterado radicalmente o quadro normativo.

Estabeleceu-se a proteção da família como meio para realização da personalidade de seus membros, passando-se a considerar a entidade matrimonial apenas como espécie privilegiada de entidade familiar, admitindo-se expressamente a união estável e as famílias monoparentais.

E a família foi considerada como base da sociedade, comunidade intermediária com especial proteção do Estado, na medida em que cumpra o seu papel no sentido de promover os direitos inerentes à plena realização da personalidade dos filhos, à igualdade dos cônjuges, ao adequado planejamento familiar.

A família não se identifica mais com o casamento, não havendo mais como se associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais - alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais - divisão dos bens - à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial. Nessa linha, só existe sanção quando houver prática de ato ilícito, perdendo sentido a consideração de culpa para efeito de fixação de alimentos, perda de nome de família, guarda dos filhos e alteração de patrimônio individual de cada cônjuge. Todas as hipóteses que vêm agitando os tribunais brasileiros e que digam respeito ao papel da culpa deverão ser analisadas à luz de uma espécie de "carta de alforria constitucional"³.

Segundo Stammmer, quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código⁴. Com tal afir-

³ TEPELINO, Gustavo. O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio - In: TEMAS DE DIREITO CIVIL, Renovar, Rio de Janeiro, 1998. p. 383-386.
⁴ ENKISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, s. d. p. 118

mação, para muitos exagerada, pretendeu evidenciar que as regras do ordenamento jurídico contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos que devem se harmonizar e que tais valores deverão estar presentes quando da construção da norma que irá reger o caso concreto.

E a interpretação lógico-sistemática, ao considerar o ordenamento jurídico em sua integralidade, deve orientar-se inclusive e principalmente pelas normas constitucionais. Tal perspectiva metodológica propiciou ao realizador do direito (conceito presente em obra de minha autoria intitulada "Interpretação criativa e realização do direito") de família no Brasil, que após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 passasse a compatibilizar o direito infraconstitucional com o valioso e moderno conjunto de normas que nasciam com aquele diploma.

2.3 Divórcio e Culpa no Projeto de Reforma do Código Civil Brasileiro

Na esteira da Constituição Federal de 1988, o Projeto de Reforma do Código Civil, como não poderia deixar de ser, mantém o divórcio por separação de fato por mais de dois anos, continuando porém a dar ênfase à noção de culpa em se tratando de separação judicial, chegando ao ponto de indicar expressamente os casos em que se considerará impossível a comunhão de vida se ocorrer algum dos motivos elencados no Projeto.

Necessária a análise da separação judicial, que em nosso direito é vista como uma "fase preparatória" para

o divórcio (com exceção do caso de divórcio direto). De *lege ferenda*, vislumbro o instituto da separação judicial como algo primitivo e arcaico, desprovido de sentido, um estado inconveniente, não só pessoal mas também socialmente, que traz uma situação instável para os que se separam. Deveria o legislador brasileiro extinguir a separação judicial, facilitando o divórcio direto.

Apega-se o legislador reformista à noção de culpa quando dispõe, no art. 1583 do referido Projeto, que "a mulher, vencida na ação de separação judicial, perde o direito de usar o nome do marido", determinando no § 1º do referido artigo que "aplica-se o disposto neste artigo quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 1.576", complementando com o § 2º que, nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada e no § 3º que "vencido o marido na ação de separação judicial, poderá a mulher renunciar, a qualquer tempo, ao direito a usar o nome dele". Em síntese, se a mulher for vencida ou tiver a iniciativa da separação, perde o direito de usar o nome do marido, podendo nos demais casos optar pela sua conservação ou, vencido o marido, poderá renunciar a usar seu nome. Observe-se que a perda do uso do nome não deveria ficar na contingência da culpa ou inocência de qualquer dos cônjuges. Está perdendo o legislador reformista oportunidade de dar o mesmo tratamento previsto na atual redação do parágrafo único do art. 25 da Lei do Divórcio, artigo cuja redação foi dada pela lei 8408/92, dispositivo desligado da idéia de culpa, em

consonância com os sistemas jurídicos mais avançados.

No que diz respeito à guarda dos filhos menores, dispõe a reforma que ficarão os mesmos com o cônjuge inocente e, sendo ambos culpados, com a mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral ou social para eles. No caso de homologação de separação de corpos o juiz, atendendo às circunstâncias relevantes da vida dos cônjuges e de suas famílias, deferirá a guarda dos filhos preferencialmente à mãe, porém, havendo motivos graves poderá, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais (arts. 1589 a 1591 do Projeto). Observe-se que no caso de divórcio direto prevalecerá o entendimento atual de que os filhos deverão permanecer com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (art. 40, *caput* da Lei do Divórcio).

Perde-se assim o legislador da reforma num emaranhado de normas, em matéria que deve receber o mínimo de interferência possível do Estado, já que diz respeito à vida particular da família. Dessa forma, desdobra-se o texto em fórmulas mirabolantes e excessivas que, compostas de normas tão vagas e indeterminadas, se apresentam desprovidas de conteúdo. Teria sido mais adequado que o legislador, com um único artigo, desse poderes ao juiz para, diante da situação concreta, deferir a guarda a um dos cônjuges, sem se apegar a fórmulas arcaicas que digam respeito à culpa dos mesmos.

E ainda, o legislador do Projeto apega-se à noção de culpa para reverter ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime dos bens adotados o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal. Dessa forma, premia o cônjuge que comete os mais terríveis atos durante a vida comum, penalizando aquele que, não mais suportando convivência, requer a separação judicial.

Dessa forma, vários desses dispositivos legais já nascem arcaicos e em desacordo com a norma constitucional vigente, conforme foi supra-analisado.

3. A EVOLUÇÃO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Na origem da consideração da culpa como fator preponderante para fixação dos efeitos do divórcio, deve ser considerada a influência da formação cultural judaico-cristã, que associa as atividades humanas à idéia de expiação de pecados, em que o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa (ouve-se comumente a expressão "essa comida é tão boa que me dá remorso comê-la"). Tal forma de pensar influenciou o direito de família em diversos países, expressando-se essa noção de culpa na responsabilização de um cônjuge por não mais querer continuar casado com o outro.

Exige-se sacrifício e dor em prol da "paz doméstica", que se transforma gradativamente na mais terrível forma de sofrimento: a convivência forçada com alguém com quem não há mais qualquer vínculo afetivo.

O direito à felicidade é colocado em último plano. O cônjuge deve sofrer pois, já que assumiu o casamento, estará condenado perpetuamente a viver com o outro pelo resto da vida. E se conseguir livrar-se do casamento, em um processo árduo, no qual será vasculhada sua vida e devastada sua intimidade (a investigação da culpa propicia isso) não poderá fazê-lo impunemente. Em alguns sistemas jurídicos terá que pagar perdas e danos, alimentos, perderá bens e direitos, em suma, será punido muitas vezes com a ruína econômica. Livra-se de uma pena perpétua mas imediatamente tais sistemas jurídicos lhe asseguram eficazmente outra. Você jamais será feliz! É o que parece querer dizer o juiz que matematicamente calcula o grau de culpa de cada um dos desesperados cônjuges para fixação dos efeitos a serem suportados pelo único ou principal culpado. Esse é um dos legados que nossa formação religiosa deixou, mas que felizmente desaparece gradativamente do cenário jurídico mundial.

Uma característica saliente das modernas legislações sobre o divórcio é a relevância que nelas é concedida, como causa do divórcio, à ruptura da vida conjugal considerada objetivamente, isto é, independentemente da averiguação da culpa que possa ser atribuída a algum dos cônjuges nessa situação de ruptura.

Isso implica que o divórcio vem perdendo a sua função tradicional de meio de reação contra a violação culposa dos deveres conjugais (que é a função atribuída ao chamado divórcio-sanção) e que, em contrapartida, se vem acentuando a sua função de meio de certificação da existência de uma situação objetiva de rup-

tura da relação conjugal (que é a do designado "divórcio-remédio" ou "divórcio-constatação").

A essas distintas funções correspondem causas igualmente diferenciadas: enquanto a causa do divórcio-sanção é uma violação dos deveres conjugais, a causa do divórcio-remédio é uma situação de ruptura das relações entre os cônjuges que, pela sua gravidade objetiva, constitui fundamento suficiente para o decretamento do divórcio.

No caso do direito alemão, restou consagrado o princípio da ruptura (*Zerrüttungsprinzip* - § 1565 BGB), segundo o qual o fundamento do divórcio é a situação de fracasso em que se encontra o casamento. "O princípio da culpa, afirma Bergerfurth retratando a evolução do direito alemão, foi substituído pelo princípio da ruptura (*Zerrüttungsprinzip*)"⁵.

Mas mesmo no direito alemão, no qual o princípio da culpa como fundamento do divórcio se tem por definitivamente erradicado, como previsto nos §§ 1565 a 1567, que consagram exclusivamente o "*Zerrüttungsprinzip*", não deixa de se ressaltar a hipótese de a concessão do divórcio envolver uma "*Unzumutbare Härte*" (excepcional dureza) para o cônjuge não reclamante. E, segundo Pamplona Corte-Real, será caso para questionar, como o faz a própria doutrina alemã, sobre o verdadeiro alcance dessa cláusula geral, em termos de subsistência do princípio da culpa⁶.

⁵ VARELA, op. cit. p. 485 (transcreve Bergerfurth - Das Eherecht, 6ª ed., Freiburg, 1981, nº 386, p. 218).

⁶ CORTE - REAL, op. cit., p. 92.

4. CONCLUSÕES

A fixação de causas objetivas para concessão do divórcio, baseada na ruptura da vida conjugal e desvinculada de uma noção de culpa tem a vantagem de favorecer o divórcio por mútuo consentimento, evitando que os cônjuges venham a discutir no processo fatos de sua vida íntima, que poderão desgastar mais ainda uma futura e mínima convivência que terão de ter, principalmente caso possuam filhos comuns.

Poderá principalmente propiciar que cheguem a consensos sobre os efeitos do divórcio, preocupando-se mais com suas conseqüências pessoais e patrimoniais do que com as causas e possíveis culpas que muitas vezes inexistem, pois seriam obtidas da constatação da prática de atos que revelam a insatisfação do cônjuge com aquela situação que estava sendo obrigado a suportar, ou seja, conviver diariamente com alguém com quem não mantém qualquer " *affectio maritalis*".

Nessa linha de entendimento, tendo em vista a realidade do mundo atual, mostra-se inviável que os variados sistemas jurídicos busquem uma medição matematicamente exata da culpa, devendo ser invertida a lógica desses sistemas que devem priorizar a busca de soluções para o futuro e a preservação da intimidade das partes, que não devem ser forçadas a discutir questões constrangedoras em juízo para obterem ganhos financeiros, o que só fomenta a mágoa e a intolerância.

E a tendência hodierna é a da redução ou mesmo do desaparecimento da culpa como motivo determinante do divórcio. Prevê-se assim uma acertada volta ao

espírito do direito romano, no qual o casamento era um estado assente num consenso permanente. Concebia-se o casamento, não como ato jurídico de realização imediata e de eficácia perpétua, mas como situação jurídica duradoura que apenas persistia enquanto durasse a " *affectio maritalis*", o elemento volitivo emocional que lhe servia de suporte natural, sendo a forma natural de exteriorizar a cessação dessa *affectio* o divórcio⁷.

O divórcio no direito brasileiro caminha nesse sentido (apesar do inadequado tratamento dos efeitos da separação judicial no Projeto de Reforma do Código Civil, que deverá ser interpretado à luz da Constituição de 1988); aquele princípio clássico subjetivo da culpa vem sendo sucessivamente substituído, numa larga percentagem de situações e por obra da jurisprudência pátria, pela idéia da ruptura objetiva do casamento como fundamento substancial do divórcio, postura que encontra sua expressão máxima no direito civil alemão.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito de Família e das Sucessões*. 2. ed. rev. e atual., Livraria Almedina: Coimbra, 1997.
2. CLAUDIA, Andriani Maria et al. *Commentario al Codice Civile* - diretto da Paolo Cendon. Torino: Utet, 1993. Volume primo.

⁷ VARELA, op. cit. p. 472-473.

3. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família e das Sucessões* - Relatório apresentado no concurso para professor associado da FDUL. Lisboa: [s.n.] 1995.
4. ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s. d.
5. FERRAND, Frédérique. *Droit Privé Allemand*. Paris, Dalloz, 1997.
6. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Interpretação Criativa e Realização do Direito*. Recife, Bagaço, 2000.
7. RINGEL, Françoise; PUTMAN, Emmanuel - *Droit de la Famille*. Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1996.
8. SOUSA, Miguel Teixeira de. *O Regime Jurídico do Divórcio*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
9. TEPEDINO, Gustavo. O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio - In: TEMAS DE DIREITO CIVIL, Renovar: Rio de Janeiro, 1998.
10. VARELA, Antunes. *Direito de Família*. 4. ed. rev. e atual. Lisboa: Livraria Petrony, Ltda Editores, 1996.

A CONSTRUÇÃO CIVIL É ATIVIDADE CIVIL

Luiz de Freitas Lima

Prof. de Direito Comercial da UNICAP e membro da Academia de Letras e Artes do Nordeste Brasileiro e da União Brasileira de Escritores.

SUMÁRIO

1. CONCEITOS 2. TEORIA DO ATO DE COMÉRCIO 3. OS IMÓVEIS 4. A INCORPORADORA E A CONSTRUTORA 5. COMENTÁRIO E CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CONCEITOS

A lei que dispõe sobre o condomínio em edificações e sobre as incorporações imobiliárias (4.591/64) define a incorporação, em linhas gerais, como a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações, ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (art. 28).

Então, construir imóvel é edificar, é trabalhar uma estrutura, enquanto incorporar, nos moldes da lei, é construir unidades autônomas com a finalidade de alienação.

No que toca à incorporação, declara o art. 43, inciso III, da aludida lei:

"Em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste".

O texto impressiona e confunde doutos comercialistas, que asseguram, em virtude dele, que o incorporador está, normalmente, sujeito ao processo falimentar.

Faz-se preciso, porém, uma adequada colocação da matéria.

2. TEORIA DO ATO DE COMÉRCIO

Desde o século passado, a Teoria do Ato de Comércio tem sido objeto de acirrados debates.

O assunto é de tal modo complexo que boa parte dos comercialistas, como introdução ao estudo da matéria, costuma citar a famosa frase de Brasílio Machado, segundo a qual o estudo da Teoria do ato de comércio é *problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência*.

Convenhamos que não é empreendimento fácil separar o ato civil do ato mercantil.

No entanto, pelo menos aqui no Brasil, por força de alguns delineamentos dos mestres, a tarefa não se nos afigura tão difícil assim.

Quando entrou em vigência o nosso Código Comercial de 1850 (um ano após a sua promulgação),

passaram a vigor, também, dois importantes Regulamentos - o de número 737 - que disciplinava as normas processuais e trazia algumas regras de direito comercial - e o de número 738 - que regulava os Tribunais do Comércio e o processo das quebras, ambos promulgados no mesmo ano do diploma mercantil.

Como o primeiro deles continha, em seu texto, sob a denominação de *mercancia*, uma relação dos atos de comércio, é aceitável supor que ficava bem mais fácil detectar se o ato era comercial ou civil.

Por outro aspecto, dada a existência de um tribunal especial para julgar as causas oriundas de atos de comércio, é de imaginar que seria bem mais necessário descobrir se o ato era ou não mercantil.

A verdade é que o Código de Processo Civil de 1939, bem como o de 1973, não reproduziram o elenco dos atos de comércio e, por sua vez, os tribunais do comércio, desde 1875, não mais existem, e isso, ao mesmo tempo em que dificultou um pouco mais a distinção entre o ato mercantil e o ato civil, abrandou a necessidade maior no que toca ao seu julgamento.

Mas, como uma espécie de compensação, com base nesse elenco, pelo que asseguram os doutos comercialistas, o genial Carvalho de Mendonça, em 1903, elaborou uma divisão dos atos de comércio que, ao longo do tempo, se tornaria clássica. Afirma João Eunápio Borges, todavia, que a classificação do velho mestre é precisamente a mesma que, do Código francês de 1807, extraem Thaller, Lacour e outros.

Para Carvalho de Mendonça, os atos de comércio estão assim divididos:

- a) *Por natureza ou profissionais, aqueles que o comerciante pratica no seu dia-a-dia, como a compra e venda para revenda, as operações de câmbio e bancárias;*
- b) *por conexão ou dependência, os que têm por objeto facilitar o comércio, como a aquisição de instalações ou de combustível para as suas máquinas; normalmente, não seriam atos de comércio porque não se trata de compra para revenda e sim para consumo.*
- c) *por força ou autoridade da lei, como as operações das sociedades anônimas e as sobre as letras de câmbio e as notas promissórias.*

Não comungamos da opinião de Walter T. Álvares quando afirma que *o ato de comércio, no presente, no Brasil, é matéria teórica, sem interesse prático e processual (Curso de Direito Comercial, pág. 87); é evidente que isso deverá ocorrer quando estiver implantada em nosso país a Teoria da Empresa, como se acha no Projeto de Código Civil.*

Por enquanto, não é uma questão de teoria o fato de distinguirmos a sociedade civil da mercantil ou atentarmos para determinados direitos exclusivos de uma classe e vedados à outra, como os benefícios legais exclusivos do comerciante identificados na falência e na concordata.

3. OS IMÓVEIS

No rastro do tema que estamos focalizando, torna-se imprescindível a citação do art. 191 do nosso vetusto Código Comercial que, disciplinando a com-

pra e venda mercantil, prescreve, em sua alínea 2^a:

"É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis e semoventes..."

Como se observa sem muito esforço, enfileirando-se aos atos relativos à agricultura, à pecuária e à prestação de serviços, a negociação sobre imóveis ficou fora do rol dos atos de comércio.

Para Inglez de Souza, o legislador teria assim procedido levado, naturalmente, pela idéia de que ao comércio se liga o transporte, impossível de encontrar-se nos imóveis.

Esclarece ele, inclusive, que o Regulamento 737 declarava, expressamente, não pertencerem ao Juízo Comercial as questões sobre os bens de raiz.

Por seu turno, Fran Martins, na mesma trilha, afirma que os imóveis estariam afastados do campo do direito comercial porque, *tendo esse como uma de suas características a circulação dos bens, tal não acontece com os imóveis.*

Mas, segundo ele, *em essência, o argumento não tem solidez, pois, para que os bens passem de propriedade não é necessário que sejam removidos materialmente; nas Bolsas de Mercadorias faz-se a circulação apenas pela mudança de propriedade dos títulos representativos das mesmas e essas operações são reputadas comerciais. Ademais, os imóveis podem ser e são objeto de especulações e deveriam, desse modo, entrar no âmbito do direito comercial e não do civil.*

João Eunápio Borges alega, também, que, se os imóveis, pela sua própria natureza, são insusceptíveis de circulação material, são objeto de circulação eco-

nômica, como qualquer outra espécie de bens: mudam eles de *proprietário*, embora não possam, como aqueles, mudar de *lugar*.

Outros países que, como o nosso, seguiram o rastro do *Code de Commerce* de 1807, como a Itália, reconhecendo que a negociação imobiliária, de há muito, é um fato consumado, tiveram o bom senso de mudar a sua legislação para inserir essa especulação na concepção de ato de comércio, isso quando realizada em grande escala, com fins econômicos, o que não ocorreu no Brasil.

4. A INCORPORADORA E A CONSTRUTORA

Pelo exposto, se o incorporador explora a sua atividade sob o modelo da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ou de qualquer sociedade de pessoas, em regra, não pode ir à falência nem valer-se da concordata por não se revestir da qualidade de comerciante.

Mesmo que os seus atos constitutivos, por equívoco, tenham sido arquivados na Junta Comercial do Estado, de vez que tal registro não atribui à empresa a qualificação de comerciante, o que somente ocorrerá com a prática habitual do comércio.

Se o incorporador dá à sua empresa a forma de sociedade anônima, tem ela legitimação ativa e passiva em relação à falência e ativa no que toca à concordata?

Pelo que expressa João Eunápio Borges, não.

Diz ele que o argumento segundo o qual a entida-

de passa a ser *comercial* em se tornando sociedade anônima é absolutamente imprestável. Que, se qualquer empresa de fim lucrativo que se revestisse da forma de sociedade anônima, tivesse o efeito de *comercializar-se*, desapareceriam de nosso direito todos os atos civis de caráter econômico e atividades como as puramente agropecuárias passariam a ser atos de comércio.

Ousamos discordar do festejado mestre mineiro.

O modelo da sociedade anônima não se presta para pequenos empreendimentos, razão por que é exigente, dispendioso, complexo e, as mais das vezes, envolve meros aplicadores de capitais, o que impõe proteção mais rigorosa da lei e do governo.

A incorporadora e a empresa agropecuária, em sendo ambas de grande porte, constituindo-se sob a forma da sociedade anônima, são comerciantes porque a lei que disciplina a espécie não permite a sociedade anônima civil.

Sua atividade se consubstancia, portanto, em ato de comércio *por força ou autoridade da lei*, em consonância com a classificação de Carvalho de Mendonça. Assim vem entendendo a jurisprudência dos nossos tribunais.

A incorporadora, pois, cuja classificação leva em consideração o seu objeto, é civil, do mesmo modo que a construção civil, por sua conexão com a atividade imobiliária.

No que concerne à construtora, porém, os nossos melhores comercialistas a retiram do mesmo pódio da incorporadora, declarando-a empresa mercantil, pois estaria enquadrada na categoria de comerciantes por

força da Lei nº 4.068/62.

Rubens Requião, referindo-se à Lei nº 4.068/62, em seu *Curso de Direito Falimentar*, à pág. 62, declara:

"As sociedades de construção, tipicamente de natureza civil foram, por disposição legal expressa, declaradas empresas comerciais, sujeitas, conseqüentemente, à falência".

Em seguida, o insigne comercialista acrescenta:

"No caso de incorporador de imóveis, cuja atividade é disciplinada pela Lei nº 4.591, de dezembro de 1964... está sujeita à falência, apoiando-se no inc. III do art. 43, citado no início deste trabalho".

Parece-nos razoável entender que, utilizando a expressão em caso de falência sem fazer alusão ao tipo de empresa adotado pelo incorporador, somente poderá ir à falência o incorporador que explora o ramo sob o regime da sociedade anônima.

Por conseqüência, não cremos viável a inclusão do incorporador *pessoa física* nas vestes da norma; não poderá ele ir à bancarrota, legalmente.

O mesmo ponto de vista de Rubens Requião é adotado pelo jurista Wilson de Souza Batalha, em *Falências e Concordatas: comentários à lei de falência*, à página 130 do seu livro.

José da Silva Pacheco, em *Processo de Falência e Concordata*, às páginas 116 e 117, cita duas decisões, uma do 2º Tribunal de Alçada Cível (BJA 81.996-82), e outra do Tribunal de Justiça (Rev. dos Trib., 241/273), ambos de São Paulo, que declaram, enfaticamente, que as organizações imobiliárias não são co-

merciais, não estando, por isso, sujeitas à falência. E conclui:

"Convém, porém, distinguir: a) o construtor é, por lei, considerado comerciante (art.1º da Lei nº 4.068, de 9 de junho de 1962)..."

No mesmo entendimento se alinha Waldírio, quando, em *Direito Comercial*, 1º vol., pág. 69, acrescenta à classificação de Carvalho de Mendonça *as operações de empresas de construção, consideradas comerciais por força da Lei nº 4.068, de 9 de junho de 1962*.

Fábio Ulhoa Coelho, em seu *Manual de Direito Comercial*, à pág. 7:

"Também as empresas de construção, pela Lei n. 4.068, de 1962, encontram-se sob o regime jurídico-comercial... Estas duas hipóteses (sociedade por ações e empresa de construção) costumam ser chamadas de ato de comércio por força de lei, porque, em tese, a comercialidade, no caso, decorreria não necessariamente de sua natureza econômica, mas por força da disposição legal".

Por sinal, o ilustre professor paulista, às páginas 292 e 293 do seu livro, é de opinião, também, que só a incorporação constituída sob a forma da sociedade por ações poderá ir à quebra, mas estará ela, também, sujeita à falência *qualquer que seja a forma de exercício do comércio adotada se a atividade explorada for, cumulativamente, a de construção imobiliária*.

Decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"O incorporador é uma empresa imobiliária de natureza civil, salvo nos casos de sociedade anônima, empresa de construção, em que expressamente a lei

define como mercantil, ou exploram cumulativamente atividade de construção imobiliária" (1º Gr- Câms. Cív. ADVI - COAD - Bol. 09/97 - Grifos do autor).

Por fim, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, em 18-05-99:

"A COFINS incide sobre o faturamento de empresas que, habitualmente, negociam com imóveis, em face de:

a - o imóvel ser um bem suscetível de transação comercial, pelo que se insere no conceito de mercadoria;

b) - as empresas construtores de imóveis efetuam negócios jurídicos com tais bens, de modo habitual, constituindo de mercadorias que são oferecidas aos clientes compradores;

c - a Lei nº 4.068, de 09.06.62, define como comerciais as empresas de construção de imóveis que possuem natureza comercial, sendo-lhes facultada a emissão de duplicatas..."

5. COMENTÁRIO E CONCLUSÃO

A Lei 4.068, de 1962, teria surgido para atender a uma necessidade de a empresa de construção civil emitir duplicatas, o que, então, era direito assegurado, com exclusividade, à classe dos comerciantes.

Ocorre que, em 1968, entrou em vigência a Lei 5.474 (Lei da Duplicata), passando a regular a duplicata de prestação de serviços, antes disciplinada, de maneira discreta, pelo Dec.-lei 265/67.

O citado diploma legal, todavia, em seu art. 28, revogou, expressamente, a Lei 4.068/62.

Dispõe o mencionado artigo:

"Esta Lei entrará em vigor 30 (trinta) dias após a data de sua publicação, revogando-se... a Lei nº 4.068, de 9 de junho de 1962..."

Assim, parece-nos evidente que, com a revogação da Lei 4.068/62, a construtora voltou à sua origem de empresa civil por ligar-se ao ramo imobiliário.

Isso não quer dizer que ficou ela impedida de emitir duplicatas, mas o fará na condição de sociedade civil; é a própria Lei da Duplicata que concede a permissão, ao dispor, em seu art. 20:

"As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta Lei, emitir fatura e duplicata".

Claro que, quando a lei da incorporação imobiliária utiliza, no seu art. 43, a expressão *em caso de falência do incorporador*, repetimos, está aludindo à incorporadora constituída sob a forma de sociedade anônima, incorrendo em equívoco quando dispõe que a pessoa física que negocia com imóvel poderá ir à quebra.

Somente está sujeito à falência o comerciante e, no caso de pessoa física que se dedique às transações imobiliárias, não se transforma em comerciante, exatamente pelo fato de transacionar com imóveis não inseridos no nosso Código Comercial como efeitos mercantis.

O intuito lucrativo é visível, a roupagem mercadológica é indiscutível, como alega o Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, o art. 191 do nosso Código Comercial continua com toda a sua força normativa não permitindo dúvidas: a negociação imobiliária se reveste de natureza civil, por exclusão.

O que poderá ser aceita, a propósito, é a equiparação, em determinadas hipóteses, da empresa que explora, com fins econômicos, o ramo imobiliário à empresa comercial, para efeito de tributação.

A Lei e o Regulamento do Imposto de Renda equiparam a firma individual à pessoa jurídica para efeito de cobrar-lhe o necessário tributo. Equiparar não é ser, incontestavelmente, mas resolveria a pendência.

Há casos em que a lei é revogada, mas as suas principais normas são reproduzidas noutra lei congênera, como é o caso da Lei de Luvas (Dec. 24.150/34).

A Lei de Luvas teve o seu texto transplantado – e até ampliado – para a Lei do Inquilinato (8.245/91).

Mas isso não ocorreu com a Lei 4.068/62.

A Lei da Duplicata, secamente, a revogou.

E nos vem, agora, um pensamento: não teria sido de propósito, como uma preparação de terreno que despertasse os nossos legisladores para a necessidade de alinharmos-nos às nações que reconheceram o óbvio ululante no que diz respeito à legislação imobiliária?

Urge reconhecer o caráter especulativo da negociação imobiliária.

Basta ler, em todo o País, nos órgãos da imprensa, os anúncios sobre aluguéis, permuta e venda de imóveis, ocupando cadernos inteiros. Basta dirigirmos as

nossas vistas para os frontespícios de prédios e terrenos.

É evidente que uma legislação adequada reduziria, acentuadamente, a intranquilidade que reina nesse campo minado; traria um pouco de alento.

Não se justifica mais, em nossos dias, a permanência romântica de que os imóveis somente poderão ser transmitidos como bens de raiz.

Por enquanto, as empresas de construção, tanto quanto as de incorporação, exercem atividades civis. Por lei.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ÁLVARES, Walter Tavares. *Curso de Direito Comercial*. [s.l.]: [s.n.], 1979.
2. BATALHA, Wilson de Souza. *Falências e Concordatas: comentários à lei de falência*, [s.l.]: [s.n.], 1996.
3. BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*, [s.l.]: [s.n.], 1971.
4. BULGARELLI, Waldírio. *Direito Comercial*, [s.l.]: [s.n.], 1999. v. 1.
5. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1999.
6. GOMES, Luiz Souza. *O que devemos conhecer de moedas, preços e bancos*.

7. MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
8. PACHECO, José da Silva. *Processo de Falência e Concordata*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
9. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1998.
10. _____, *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
11. SOUZA, Inglês de. *Direito Comercial – Preleções*. [s.l.]: [s.n.], 1910.

DIREITO DO TRABALHO MÍNIMO

Mário Antônio Lobato de Paiva

Advogado-titular do escritório Paiva Advocacia; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará; membro da Union Internationale des Avocats sediada em Paris, França; integrante de la Red Mexicana de Investigadores del Mercado Laboral; colaborador da Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho; Revista Forense; do Instituto de Ciências Jurídicas do Sudeste Goiano e Revista de Jurisprudência Trabalhista "Justiça do Trabalho"; Colaborador da Revista Síntese Trabalhista; Colaborador do Boletim Latino-americano da Concorrência; Autor de diversos artigos e dos livros "A Lei dos Julgados Especiais Criminais" Editora Forense, 1999 e "A Supremacia do advogado em face do jus postulandi", editora LED, 2000.

"O trabalho não pode ser uma lei sem ser um direito"

Victor Hugo

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO 2 - A REALIDADE ATUAL 3 - FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO 4 - PAPEL DO ESTADO 5 - DIREITO DO TRABALHO DA CLASSE DOMINANTE 6 - DIREITO DO TRABALHO MÍNIMO 7 - CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Laboral possui, a princípio, como sustentáculo, o amparo aos trabalhadores e a consecução de uma igualdade substancial e prática para os sujeitos envolvidos. Trata-se de uma ramificação do Direito essencialmente relacionado às convenções coletivas de trabalho marcadamente aderentes à realidade, do que resulta também um especial dinamismo. O Direito do

Trabalho está intensamente exposto à instabilidade das flutuações da política. Nascido numa época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas, concebeu-se a intervenção do Estado como um meio de elaborar uma legislação detalhada das condições de trabalho, com vistas a forçar os atores sociais a buscarem a solução dos seus conflitos. O resultado dessa intervenção é a característica básica da regulamentação das relações de trabalho; a heteroregulação, que provoca a rigidez da legislação.

No entanto, as persistentes crises contemporâneas têm tido um abalo particularmente destrutivo sobre o emprego (gerando o desemprego em massa), pondo em causa o modelo tradicional do Direito do Trabalho, tal como foi sendo construído na sua época áurea, em particular nos anos sessenta. Esse modelo de Direito do Trabalho, assegurando um acréscimo de tutela dos trabalhadores, tem sido acusado de constituir fator de rigidez do mercado de emprego e da alta de custo de trabalho e, nessa medida, de contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego e conseqüente estímulo ao desemprego.

2. A REALIDADE ATUAL

A realidade atual não é mais a mesma dos anos 60. O Brasil, não sendo a exceção perante a organização mundial, sofreu verdadeiras alterações no mercado de trabalho pós-guerra e no nível de desemprego e desestabilização da economia, propiciando o surgimento do chamado "mercado informal" de trabalho que,

em regra, é constituído pela força de trabalho dita excedente, em função da pequena oferta de empregos.

Dados estatísticos apontam um índice altíssimo da população economicamente ativa, que integra esse setor produtivo. Há que se levar em consideração a crise econômica dos anos 80, provocada pelo choque dos preços do petróleo que atingiu uma gama de países na Europa e, assim como no Brasil, provocou o surgimento de novas formas de contratação geradoras de relações de trabalho atípicas. Assim, o contrato por tempo determinado deixou de ser exceção, admitindo-se vários contratos intermitentes, de temporadas, contratos de formação, contratos de estágio, e antecipou aposentadorias.

É em virtude dessa realidade atuante do desemprego, em contraposição à rigidez da legislação, que se iniciou na Europa um movimento de idéias em torno dos institutos da flexibilização e desregulamentação, que no dia-a-dia angaria novos pensadores, especialistas e principalmente os operadores do Direito do Trabalho.

3. FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO

As estatísticas oficiais escondem uma brutal queima de empregos de qualidade na indústria e nos bancos - compensados parcialmente pela "geração" de empregos precários no comércio e nos serviços. Entretanto, de acordo com critérios mais adequados à realidade brasileira (PED), em julho de 1994, data da

implantação do Real, a taxa de desemprego era de 14,5% (segundo dados do Seade / Dieese), correspondendo a 1,15 milhão de desempregados somente na Grande São Paulo. Passados quase três anos (maio/97), a taxa de desemprego é de 16% (Seade / Dieese), correspondendo a 1,387 milhão de desempregados nesta região. Se projetarmos essa taxa de desemprego (aberto e oculto) para todo o País, os desempregados somariam mais de 11,5 milhões, lançados à mais cruel exclusão social.

Diante dessa deplorável situação, pensamos que o Direito do Trabalho brasileiro deve se adaptar aos novos tempos, pois persiste, há mais de cinquenta e cinco anos, marcado pelo forte intervencionismo estatal, refletindo o autoritarismo da época em que foi gerado, pomposo, complexo, às vezes obscuro, preponderantemente constituído de normas de ordem pública, tendo contribuído para o imobilismo empresarial e estímulo à especulação financeira, inclusive com a aplicação de capital estrangeiro. Esse quadro torna-se obsoleto na medida em que, atualmente, novas condições de vida, novos os desafios apresentados, novos problemas a enfrentar; com isso é impossível pretender que continue o Direito do Trabalho a desempenhar o mesmo papel, por mais eficiente que outrora se tenha apresentado, uma vez que, continuar com a mesma armadura protetora Estatal seria condená-lo à ineficácia.

A legislação do trabalho tem que estar mais aberta à economia e às necessidades de adaptação conjuntural; assiste-se ao fim do sempre mais, isto é, da crença do progresso social ilimitado e sem recuos, pelo acrés-

cimo de regalias para os trabalhadores. Na verdade, a conjuntura tem forçado os trabalhadores a suportarem condições de trabalho menos favoráveis e - aqui e além - a verem retiradas conquistas que se pensava estarem solidamente implantadas. Fala-se, ao mesmo tempo, de "desregulamentação", ou seja, da progressiva supressão de regras imperativas, como o correspondente alargamento da liberdade de estipulação. Verifica-se um significativo recuo da força imperativa das leis do trabalho, admitindo-se que as convenções coletivas se adaptem com vista a setores ou empresas em crise. Em suma, a legislação do trabalho deverá estar mais aberta à economia e às necessidades de adaptação conjuntural. No fundo, é a lógica dos ciclos econômicos a repercutir os seus efeitos no funcionamento dos sistemas de proteção dos trabalhadores.

4. PAPEL DO ESTADO

Na importante questão que envolve a definição do papel do Estado nas relações trabalhistas da sociedade contemporânea, parece fundamental admitir que a redução do tamanho do Estado não pode torná-lo incapaz de mediar os conflitos, sob pena de deixar a grande maioria dos trabalhadores sem qualquer defesa completamente dominada pelos grandes grupos econômicos e financeiros, que têm no lucro o único objetivo de suas ações.

Esses fenômenos (desregulamentação e flexibilização) correspondem apenas, a um novo espírito do Estado menos centralizado, mais aberto aos grupos

naturais e mais preocupado com a eficácia e bem-estar da comunidade como um todo e não apenas de uma parcela de privilegiados.

Temos, assim, a firme convicção de que a flexibilização e a desregulamentação apresentam-se como mecanismos úteis de desenvolvimento das relações laborais e que precisam ser bem utilizados e compreendidos por todos os atores sociais. Esses referidos mecanismos deverão, assim, ter prioridade política, associada à opção por executar um conjunto de políticas e ações capazes de aliar a estabilidade com crescimento e inclusão social.

5. DIREITO DO TRABALHO DA CLASSE DOMINANTE

Utilizando os ensinamentos do Desembargador José Liberato da Costa Póvoa podemos dizer que a lei não foi feita para beneficiar o povo ou o trabalhador e guardar um equilíbrio social, pois inobstante seja ela aprovada por representantes do povo, é, na verdade, criada por uma elite que não está preocupada com seus representados, mas apenas com a manutenção dos privilégios da própria elite, pouco lhe importando a quantas anda o povo; ainda assim, as leis são fruto da vontade dos detentores do poder, criadas em função de seus próprios interesses. Desde Salomão, passando por Dracon e outros, o fardo da lei sempre foi mais pesado para os pobres e para os escravos. Marx já dizia que *"O Direito é a vontade, feita lei, da classe dominante, através de seus*

próprios postulados ideológicos". Lá na antigüidade, Trasímaco dizia que *"a Justiça, base do Estado e das ações do cidadão, consiste simplesmente no interesse do mais forte"*.

Sempre foi assim, e continua (rá) sendo, qualquer que seja o regime, até mesmo aqueles em que os operários chegaram ao poder, pois, uma vez alojados comodamente no topo da pirâmide, tratam logo de criar leis, não para a defesa dos ideais que os levaram ao mundo, mas apenas para se manterem e, se possível, perpetuarem-se no poder. Citando Hobbes, *"não é a sabedoria que faz a lei, mas a autoridade"*, e se porventura são os sábios que a elaboram, é certo que estão a serviço dos que dominam.

É em parte assim também com o Direito do Trabalho, como pudemos constatar na leitura do livro *"Convenção Colectiva entre as fontes de Direito do Trabalho"* do jurista lusitano José Barros Moura, no qual demonstra que esse direito é útil à burguesia que, obviamente, nunca desejou um direito de proteção dos trabalhadores. Sua estratégia é de fazer concessões políticas com vistas a reduzir as tensões sociais, retirando força à luta de classes. As coisas são bem mais complexas pois esse direito favorece a concentração capitalista, agindo sobre as condições da concorrência com o que beneficia setores mais fortes e aptos da classe dominante em detrimento de outros setores.

Assim, para aqueles que acham que o Direito de Trabalho foi criado única e exclusivamente para os trabalhadores fica a pergunta: Será que esse mesmo direito não serviu para um maior controle, opressão e

aumento das desigualdades econômico-sociais?

Acreditamos que o pleno implemento dos institutos da flexibilização, desregulamentação e por fim o direito do trabalho mínimo reacenderão debates e modificações mais profundas nos pilares da estrutura social e que com certeza ajudarão a diminuir o abismo em que se encontra a burguesia e o proletariado, em grande parte devido ao próprio direito do trabalho que deveria proteger o trabalhador.

6. DIREITO DO TRABALHO MÍNIMO

Nenhum ordenamento jurídico consegue acompanhar os avanços sociais, vez que a lei, por sua natureza, é rígida no tempo. Qualquer proposta de melhoria no Direito do Trabalho, quanto mais a fomentação de endurecimento e multiplicação das leis e sua execução, não passará de exploração do desespero inconsciente da sociedade e forma de ocultar os verdadeiros problemas a serem enfrentados.

Pesquisas revelam que o Direito do Trabalho somente intervém num reduzidíssimo número de casos, sendo impossível determinar-se estatisticamente o número de trabalhadores que deixam de ingressar no sistema por diversos motivos. Argüi-se que, se se tiver em conta os números de trabalhadores que labutam à margem dos direitos assegurados na legislação trabalhista, ou seja, a soma dos chamados informais que passam ao largo do conhecimento ou da atuação da justiça laboral- quer porque desconhecida, quer porque não identificados os trabalhadores, quer porque alcançados

pela prescrição, quer porque objeto de composição extrajudicial, quer porque não provados, etc..., verificar-se-á que o trabalho registrado de carteira assinada é no mínimo insatisfatório.

Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão insatisfatória estatisticamente? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, o direito à justiça, princípio protetor, etc..) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele pequeno número de casos que são os trabalhadores de carteira assinada ou os que venham reclamar perante a justiça do Trabalho com sucesso. O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas.

O Direito do Trabalho, portanto, deveria ter um papel secundário no controle dos conflitos sociais. Destarte, o Direito do Trabalho que se vislumbra no horizonte é o da intervenção mínima, segundo a qual o Estado deve reduzir o quanto possível sua ação na solução dos conflitos. Nesse contexto, propõe-se, em suma, a flexibilização, desregulamentação e a desinstitucionalização dos conflitos trabalhistas, restando ao Estado aquilo que seja efetivamente importante como forma de controle.

Frente a essa realidade, o ideal dessa nova tendência é buscar a minimização da utilização do Direito do Trabalho imposto pelo Estado, através de quatro proposições básicas: a) impedir novas regulamentações na área trabalhista - significa evitar a criação de novos direitos, pelo Estado, mormente para regular conflitos de abrangência social não tão acentuada, de forma que

possa haver solução do conflito noutra esfera; b) promover a desregulamentação - na mesma esteira do tópico anterior, visa a reduzir a quantidade de direitos, abolindo da legislação trabalhista direitos de maneira que as partes envolvidas possam resolver per si, sem que isso ofenda o real interesse da coletividade; c) flexibilização - cujo fundamento cinge segundo Arturo Hoyos pelo uso dos instrumentos jurídicos que permitam o ajustamento da produção, emprego e condições de trabalho à celeridade e permanência das flutuações econômicas, às inovações tecnológicas e outros elementos que requerem rápida adequação; d) desinstitucionalização - desvincular do âmbito do Direito do Trabalho e, até mesmo da esfera estatal, a solução de pequenos conflitos, quando atingir somente a esfera dos envolvidos, aos quais seriam reservados outras formas de satisfação de seus interesses.

7. CONCLUSÃO

Este final de século apresenta sérios desafios para a humanidade. As questões mais do que nunca apresentam-se em nível global, e a solução dos graves problemas que ameaçam a estabilidade do planeta necessitam da construção de um novo modelo de Estado, de sociedade e de economia. Nesta fase da história torna-se fundamental que o tema "Direito do Trabalho Mínimo" seja amplamente discutido, a fim de que os valores já conquistados pela nossa civilização não comecem a ser relegados pela rigidez de idéias que muitas das vezes ampliaram o estado crítico em que se encon-

tram as instituições.

O atual Direito do Trabalho surge pela idéia e pelos mecanismos de concertação social. Fenômeno dos nossos dias, potenciado pela evolução das crises econômicas, a progressiva intervenção tripartida dos parceiros sociais (sindicatos, associações patronais e Governo) para consensualmente definirem e executarem a política econômica e social. Esse fenômeno corresponde a um novo espírito do Estado, menos centralizado, mais aberto aos grupos naturais e mais preocupado com a eficácia de seus atos. É a esse propósito que se referem constantemente as idéias de flexibilização, desregulamentação, Direito do Trabalho mínimo, de concertação e de busca de consensos, que expressam um método de administrar e legislar com que o Estado se preocupa.

O Direito do Trabalho enfrenta, neste momento histórico, desafios importantes. O novo Direito do Trabalho para sobreviver como meio regularizador das relações laborais deverá beneficiar-se, cada vez mais, do protagonismo dos grupos organizados e que buscam consensos trilaterais (Estado, organizações de empregadores e organizações de trabalhadores), que se exprimem em convenções ou pactos sociais. O sindicalismo tem perdido a força e militância, mas ganha poder de intervenção nas decisões políticas, econômicas e sociais.

Vale ressaltar, por fim, que é fundamental, acima de tudo, a conscientização para uma nova postura frente aos fatos relacionados às relações laborais, com a pujança de um ideal perene de justiça social, pois não se

combatem as mazelas sociais referentes aos conflitos laborais sem antes erradicar suas raízes, há muito tempo encrostadas nos desmandos políticos dos governantes e na mentalidade anacrônica da minoria privilegiada, que se recusa a suprir as necessidades elementares da pessoa humana e a distribuir os louros do desenvolvimento econômico.

DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA

Patricia Carneiro Tavares

Promotora, Professora da Escola Superior da Magistratura
de Pernambuco- ESMAPE

"Assim, embora o pensamento dominante se funde sobre a ressocialização, é preciso nunca esquecer que o direito, o processo e a execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social, indispensável, mas nem por isso o de maior alcance, porque a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do Estado e pela ajuda pessoal".

Everardo da Cunha Lima, Capítulos de Direito Penal.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - DAS PESSOAS JURÍDICAS. 3 - RESPONSABILIDADE. 4 - RESPONSABILIDADE PENAL. CRIME E CULPABILIDADE. 5 - RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. 6 - ESPÉCIE DE PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA. 7 - DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE. 8 - CONCLUSÕES. 9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Muito há que se falar sobre o tema que doravante abordaremos, principalmente nos dias atuais, em que a complexidade das relações cresce assustadoramente,

máxime nos campos industrial e comercial, demandando, não só do legislador, mas sobretudo do aplicador do Direito, uma maior atenção.

Sobre o enfoque geral "Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica", inúmeras obras vêm sendo editadas, demonstrando, assim, o interesse na matéria.

Todavia, no que pese a elevada atenção dos doutrinadores para justificar a possibilidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas, inclusive adequando o sistema penal a essas mesmas pessoas, pouco se pensou em termos de EXECUÇÃO, no caso de descumprimento das sanções porventura impostas, sendo, mais, de se debruçar sobre a voluntariedade ou não desse descumprimento.

Em resumo, mesmo diante da normatização legal da imposição de penas, nas espécies multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade - como previsto no art. 21 da Lei nº 9.602/98, não se falou na forma de execução de tais penas e, aqui, especificamente surge a problemática que nos levou a pesquisar este tema: o que fazer quando a pessoa jurídica negar-se a cumprir a pena de prestação de serviços ou de interdição de direitos que lhe foi imposta, sendo impossível converter-se as mesmas em privativa de liberdade (como previsto no art. 45 do Código Penal e no art. 181 da Lei das Execuções Penais), diante do caráter necessariamente físico dessa última?

É em busca dessa resposta que desenvolveremos o presente trabalho e, para tal, temos que, buscando um desenvolvimento lógico, tecer algumas considerações acerca da Pessoa Jurídica e sua natureza jurídica,

fazendo ainda reflexões sobre a problemática da responsabilização, adentrando no mundo conceitual do crime e da pena, chegando à possibilidade de responsabilizar-se criminalmente a pessoa jurídica - e aqui faremos um breve estudo de direito comparado -, quais as penas adequadas para, finalmente, tentarmos solucionar o problema ora posto no tocante à execução penal.

Mister aqui, em um âmbito introdutório, apenas mencionarmos que até o próprio tema da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e, conseqüentemente, o da execução, não se encontram sedimentados doutrinariamente.

Ocorre que, diante do papel modernamente desempenhado pelas pessoas jurídicas, fez-se necessário repensar os antigos paradigmas dogmáticos, visando à repressão das medidas criminosas praticadas por aquelas.

Para os que se filiam à corrente tradicional, seria impossível responsabilizar-se a pessoa jurídica, posto que a responsabilidade penal é unicamente pessoal; então, apenas a pessoa física poderia ser penalizada. Segundo tal corrente, em caso de crime cometido por pessoa jurídica, só se poderia punir os seus administradores, gerentes ou diretores, mas nunca a própria pessoa jurídica.

No Brasil, diante do sistema normativo posto (arts. 173, §5º e 225, §3º, da Constituição Federal e Lei nº 9.602/98), nas áreas de economia, finanças e meio ambiente, não há muito o que se discutir, mas sim o que se estudar quanto à aplicação prática, o que leva

ao nosso tema.

2. DAS PESSOAS JURÍDICAS

É sabido que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mesmo que a morte ocorra logo em seguida (art. 4º do Código Civil).

Fácil aplicar-se o entendimento supra às pessoas físicas, enquanto que, às pessoas jurídicas, foi necessário certo tempo para sua adaptação, haja vista que a sua existência vinculada à idéia de um ser imaterial e abstrato.

Pesquisando acerca da evolução do entendimento sobre a pessoa jurídica, nos deparamos com três correntes distintas:

A primeira corrente inadmitte a existência das pessoas jurídicas, vislumbrando apenas a pessoa natural como sujeito de direitos e obrigações, não concebendo, assim, a idéia da existência de uma coletividade independente da dos indivíduos que a formassem.

A segunda corrente, encabeçada por Savigny, foi responsável pela criação da chamada "Teoria da Ficção", que considerava as pessoas jurídicas como uma criação artificial do Direito, sendo desprovidas de realidade, tendo a sua existência a finalidade de facilitar determinadas funções. A origem dessa Teoria descansa no Direito Romano. A idéia geral da ficção estabelecida por Savigny é a de que cada direito corresponde a um ser, pelo que apenas o homem possui aptidão para ser sujeito de direitos. Para o mesmo Savigny, a criação da pessoa jurídica seria obra do legislador que, desse modo, fez surgir um meio jurídico capaz de realizar interesses,

permitindo a existência de uma pessoa ficta.

Essa teoria traz algumas dificuldades para sua aceitação pois, se de um lado, preconizava a existência de um sujeito físico para reconhecimento de um direito, de outro, reconhecia a possibilidade de as pessoas jurídicas possuírem certos direitos.

Arrematando, Washington de Barros Monteiro¹, citando *Del Vecchio*, acrescenta que tal teoria não procurou explicar a existência do Estado como pessoa jurídica e, não sendo esse pessoa física, o próprio Direito seria uma ficção, posto que emanado daquele.

Por último, firmou-se a "Teoria da Realidade", a qual tem entre seus defensores *Otto Gierke e Ziehlmann*, que admite a pessoa jurídica como entidade de existência indiscutível, distinta dos indivíduos que a compõem, possuindo finalidades próprias. Assim, como bem sintetiza *Maria Helena Diniz*²,

"Pela teoria da realidade objetiva ou orgânica, de Gierke e Ziehlmann, há, junto às pessoas naturais, que são organismos físicos, organismos sociais constituídos pelas pessoas jurídicas, que têm existência e vontade própria, distinta de seus membros, tendo por finalidade realizar um objetivo social."

A mesma *Maria Helena Diniz*³ conceitua a pessoa jurídica como sendo "uma unidade de pessoas naturais ou de patrimônios que visa à obtenção de certas finalidades, reconhecida pela ordem jurídica como

1 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil; parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 99.

2 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 113-4.

3 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 26.

sujeito de direitos e obrigações."

Como regra, existem alguns requisitos necessários para a constituição da Pessoa Jurídica, quais sejam a vontade criadora, a observância das condições legais e o fim lícito.

As pessoas jurídicas, de acordo com sua função e capacidade, classificam-se em pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado. As primeiras têm seu nascimento e morte condicionados à uma lei (iniciativa pública), ao passo que as segundas são instituídas por vontade de particulares, findando do mesmo modo.

Dependendo do país, há variação no que toca à denominação dessas pessoas: entes coletivos (Portugal), pessoas morais (França e Suíça) e pessoa jurídica (Alemanha, Espanha, Itália e Brasil).

A capacidade jurídica dessas pessoas advém da personalidade que a ordem jurídica lhes reconhece no momento do registro (ou da criação por lei), exercendo todos os direitos, inclusive patrimoniais, carecendo, porém, de uma pessoa física para representá-las ativa e passivamente, exteriorizando, assim, a sua vontade, em atos judiciais e extrajudiciais. Tal pessoa frise-se, vem sempre indicada no próprio estatuto ou na lei criadora.

Através da personificação da sociedade, podemos constatar que tem ela nome, patrimônio, nacionalidade e domicílio diversos do de seus componentes.

Caio Mário da Silva Pereira⁴, com precisão, ensi-

na que:

"... a complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e a polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados."

Francesco Ferrara⁵, por sua vez, assevera que:

"... a personalidade é a forma jurídica dada pelo direito objetivo para revestir estas organizações sociais de uma esfera jurídica unitária. Em virtude do reconhecimento, o núcleo social assume a titularidade solidária de um patrimônio e age individualmente na vida jurídica. Para alcançar resultado de unificação e independência jurídica, as organizações sociais devem invocar o socorro do direito positivo. A personalidade pode emanar somente da ordem jurídica. É, portanto, inexato o pensamento daqueles que consideram a capacidade das corporações ou fundações como um efeito da vontade dos sócios ou do fundador, enquanto a vontade humana não tem o poder de produzir sujeitos de direito. A vontade dos homens pode concorrer somente para formar o substrato das corporações ou instituições, preparando o agregado humano e o estabelecimento; mas este não se torna pessoa, a não ser quando e desde que agrade à ordem pública. A personalidade é criação do direito

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. [s.l.]: [s.n.], s.d. p. 39

5 Francesco Ferrara, *Le Persone*, p. 39

objetivo, não o fruto de acordos individuais."

Como já vimos, ao adquirirem personalidade, as pessoas jurídicas passam a ser autônomas, com decisões próprias. O seu patrimônio, entendido esse como o conjunto de direitos e obrigações, é autônomo. O que ocorre é que a sua administração vai depender dos seus estatutos, bem como a sua capacidade de representação.

Quando essa autonomia da pessoa jurídica for utilizada como fonte para realização de fraude, é o caso de se aplicar a **TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA**, pela qual pode-se responsabilizar, direta e ilimitadamente, o sócio por uma obrigação que, a princípio, caberia à sociedade.

Segundo *Fábio Ulhoa Coelho*⁶, em face dessa Teoria, o conceito de pessoa jurídica passaria a ser o seguinte:

"o sujeito de direito personalizado, incorporado e cujo ato constitutivo pode ser episodicamente ineficaz, se servir de instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito".

3. RESPONSABILIDADE

A responsabilidade há de ser vista como corolária de uma obrigação anterior, seja porque se descumpriu esta última ou porque se assumiu aquela em decorrência de um fato ou ato que venha a ocasionar risco ou lesão a bem juridicamente tutelado.

Dependendo do bem violado, a responsabilidade

pode ser administrativa, civil ou penal, as quais, por sua vez, não se excluem reciprocamente, podendo coexistir de acordo com o caso.

Segundo o saudoso *Hely Lopes Meirelles*⁷, a responsabilidade civil tem como escopo a reparação de danos patrimoniais, findando com o pagamento de indenização. Pode ser definida como a obrigação imposta a uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, seja em decorrência de fato próprio, ou decorrente de contrato ou, ainda, extracontratual.

De seu turno, a responsabilidade administrativa tem como pilar a capacidade que têm as pessoas jurídicas de direito público de impor condutas aos administrados.

A próxima espécie de responsabilidade é a penal. Todavia, antes de abordá-la, não podemos deixar de estabelecer os traços distintivos da **responsabilidade objetiva** e da **responsabilidade subjetiva**.

De acordo com o nosso Código Civil, a responsabilidade subjetiva é regra no nosso direito, estando delineada nos arts. 1.518 e ss. do mesmo Código Civil, sendo necessária a existência dos seguintes requisitos para sua configuração: ação ou omissão do agente, culpa do agente, relação de causalidade e dano efetivo à vítima.

Já a responsabilidade objetiva é exceção, vindo, no campo cível, expressamente prevista nos artigos 1.519, 160, inciso II, 1.528, 1.529 e 1.546. Nesse caso, a responsabilização ocorrerá independentemente de

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, p. 89

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 561

culpa, como ocorre na esfera administrativa do Estado, conforme previsão expressa do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que assim reza:

"Art. 37 (...)

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

4. RESPONSABILIDADE PENAL. CRIME E CULPABILIDADE

Passando, finalmente, à responsabilidade penal, em que também se aplicam os conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva, verificamos que, nos primórdios, como fator de prevenção e segurança, era adotada a responsabilidade objetiva, na qual se levava em consideração apenas o nexos causal existente entre o autor da ação e o fato, sem se fazer qualquer consideração quanto aos aspectos subjetivos. Dessa época, Sérgio Salomão⁸, citando exemplo de Nilo Batista diz:

"Na antiga legislação babilônica, editada pelo Rei Hamurabi, verifica-se que se um pedreiro construiu uma casa e a mesma desabasse, matando o morador, o pedreiro seria morto; no entanto, se também morresse o filho do morador, o filho do pedreiro haveria de ser sacrificado. De nada adiantaria ter observado as regras usuais na construção de uma casa ou pretender associar

o desabamento a um fenômeno sísmico. Seria, sempre, objetivamente, responsável ele e sua família, dependendo da extensão do dano causado."

Relembre-se mais que, nessa época, pelo exemplo citado, a pena chegava inclusive a ir além da pessoa do culpado. Hoje, diante do princípio contido no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, tal não é mais possível, pois "nenhuma pena passará da pessoa do condenado."

Com a idéia da responsabilidade subjetiva, vieram os conceitos de dolo e culpa, podendo os mesmos já serem sentidos em Roma, com a promulgação da *Lex Numa*, pelo Imperador Numa Pompílio, na qual se distinguem o *dolus malus* e o *dolus bonus*, sendo que o primeiro se caracterizava pela intenção de enganar, para obtenção de proveito ilícito, enquanto que o segundo consistia na astúcia usada para enganar, empregada no negócio, de fins lícitos, realizado.

Sinteticamente, como ensina Damásio E. de Jesus⁹, o dolo pode ser definido como "a vontade de concretizar as características objetivas do tipo", ao passo que a culpa ocorreria nos casos de imprudência (excesso no atuar - *facere*), negligência (falta no atuar - *non facere*) ou imperícia (ausência de observância de regra técnica), conceitos esses resumidos por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁰.

Quanto ao crime, verificamos que, na doutrina, não há uniformização na sua conceituação. A legislação pátria não o fez, deixando aos estudiosos do direito tal tarefa.

⁸ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

⁹ JESUS, Damásio E. Código Penal Anotado. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 561.

¹¹ Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, p. 146.

Heleno Cláudio Fragoso¹¹ fornece, a depender da ótica, os seguintes conceitos de crime:

"O conceito formal oferecido pela doutrina é análogo às definições legais a que já aludimos; crime é toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena."

Conceito material: sob o aspecto material, é o crime um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem, ou a um valor da vida social."

Conceito analítico: define-se, assim, o crime como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável."

Praticado o crime, configura-se a violação de um bem juridicamente tutelado pelo Estado, caracterizando-se em valor relevante para determinada sociedade.

Citando Frederico Marques, Ataides Kist¹² ensina que:

"a conduta humana somente se torna relevante para o direito penal, quando se transforma em fato típico, isto é, subsumível na descrição legal contida no preceito primário da norma penal incriminadora."

A doutrina brasileira aceita o conceito de ação como vontade humana dirigida a um fim - entenda-se, aqui, ação englobando também a omissão, sendo de suma importância o poder de decisão pessoal para a realização de determinada conduta, o que se caracterizaria como um atributo inerente, a princípio, apenas às

12 KIST, Ataides. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, p. 87

13 KIST, Ataides. *ob. cit.*, p. 13 e 94

pessoas naturais.

O já mencionado Kist¹³, citando Luisi, escreve:

"O Direito Penal é, por excelência, um direito tipológico. O tipo é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe. Desse modo, o tipo legal vem a ser o modelo, o esquema conceitual da ação ou da omissão vedada, dolosa ou culposa. Assim, todo ser vivo racional, ou melhor, toda pessoa humana pode, em princípio, ser sujeito ativo de um delito. A regra, pois, é que todo homem, isto é, todas as pessoas físicas têm condições - e elas exclusivamente - para serem sujeitos de um delito referido nos tipos penais."

Chegamos, então, à **culpabilidade**, para alguns considerada elemento analítico do crime. É tida a mesma como um juízo de reprovação pessoal, em que a pessoa é ofertada a possibilidade de censurar a sua conduta, sendo certo que poderia e deveria agir conforme o direito, mas optou por não fazê-lo.

O art. 29 do nosso Código Penal, ao versar sobre a co-autoria e a participação, estabelece a graduação na prática do delito, fornecendo a chamada "medida da culpabilidade":

"Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade."

Se os adeptos da Teoria Finalista da Ação não aceitam a culpabilidade como elemento do crime, certo é que a vêem como pressuposto para a aplicação da pena. Assim, sem culpabilidade, não existe pena.

A culpabilidade aparece estampada no nosso Cód-

digo Penal nos seus artigos 19 e 29, além de ser referida em dispositivos da Parte Especial, como é o caso do §5º, do art. 121 e funciona, como já vimos, como fundamento e limite da pena.

Seus elementos podem, assim, ser resumidos: imputabilidade, consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

*Helena Cláudio Fragoso*¹⁴ esclarece:

"Em realidade, a culpa não fica reduzida a puro juízo de valor, porque a integram certos componentes fáticos, ou seja, a imputabilidade e a consciência (potencial) da ilicitude. A culpa consiste na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito."

5. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Em virtude da problemática da culpabilidade, que exige um juízo de reprovação da parte do indivíduo, levando-se em consideração a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa é que a grande maioria da doutrina não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A tendência moderna, porém, é em sentido con-

trário, buscando o rompimento de antigos dogmas jurídicos e levando em conta a visão de que a atuação da pessoa jurídica é distinta da de seus membros.

O primeiro ponto levantado pelos defensores da impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica é a de que essa *não possui vontade própria*, sendo o ente coletivo desprovido de inteligência, pelo que, de acordo com as regras da culpabilidade, apenas o homem poderia agir com inteligência e razão próprias.

De fato, como vimos, em nosso sistema penal, não há responsabilidade sem culpa, sendo a objeção acima feita, por conta disto, a mais difícil de ser combatida.

Partindo da Teoria da Realidade, *Sérgio Salomão*¹⁵ explica que a vontade da pessoa jurídica, apenas executada por pessoas humanas, é uma realidade, e não ficção, acentuando que:

"o ponto de partida dessa perspectiva dicotômica se apóia na natureza qualitativamente distinta da ação da pessoa jurídica que, por razões de clareza, pode ser denominada 'ação institucional'. É evidente que o ser humano atua tanto na execução como na elaboração da decisão institucional. O componente individual não jaz separado do objeto de análise social mas, ao contrário, seu tratamento compõe o entranhado de cada um dos conceitos vetoriais integradores da unidade. Esse novo esquema, com duas vias de imputação em face do ato delitivo protagonizado por um ente coletivo, pode ser denominado sistema de 'dupla

¹⁴ FRAGOSO, Helena Cláudio. *ob. cit.*, p. 202

¹⁵ SCHECARRA, Sérgio Salomão. *ob. cit.*, p. 96

imputação' por encarar a pessoa jurídica como unidade independente da pessoa humana. Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em uma 'ação institucional'".

Por outro ângulo, defendem os doutrinadores a necessidade de superação dos conceitos da dogmática criminal, adaptando-os à nova realidade mundial, em que se vê a crescente importância das empresas na sociedade, desempenhando papéis nas atividades mais variadas, com práticas reiteradas de delitos.

*Sanctis*¹⁶, com propriedade, escreve:

"Não se afastam aqui do conceito de imputabilidade as idéias de Magalhães Noronha, para quem a imputabilidade 'é o conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade, para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso'. Necessária a adaptação dos conceitos da dogmática penal, considerando a realidade consistente na prática de infrações criminais pelas pessoas jurídicas, produto de uma vontade distinta de seus integrantes."

Outro argumento para contrariar a ausência de vontade das pessoas jurídicas é o de que, como dissemos, essa tem vontade própria, resultante da vontade de seus dirigentes que, em colegiado, decidem, podendo tal decisão ser, inclusive, no sentido de evitar o cumprimento de pena porventura imposta.

Assim, considerando essa possibilidade de a pessoa jurídica decidir pela prática da infração penal, po-

derá ser autora ou partícipe, no caso de ter concorrido de qualquer maneira, instigando ou sendo cúmplice da prática criminosa.

Chamamos atenção, aqui, para o já citado "Princípio da Individualização da Pena", previsto no inciso XLV, do art. 5º, da atual Carta Magna, segundo o qual a pena não ultrapassará a pessoa do condenado. Alguns estudiosos, diante da previsão legal como pena da suspensão - ou mesmo encerramento - das atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica, entendem que a aplicação da mencionada pena, *in casu*, constituiria violação ao princípio constitucional referido, posto que atingiria indiretamente os funcionários da empresa e os familiares daqueles.

Contra-argumentando, dizem os doutrinadores que, mesmo com relação às pessoas físicas, alguns dos efeitos da pena são inevitáveis, trazendo a pena privativa de liberdade efeitos indiretos para os familiares do condenado, prevendo, inclusive, a legislação previdenciária uma ajuda específica para auxiliar os familiares do preso (vide art. 29 da Lei das Execuções Penais).

A impossibilidade de se atingir a finalidade reeducativa da pena e de se aplicar pena privativa de liberdade às pessoas jurídicas são outros argumentos usados pela corrente que inadmite a responsabilização penal às pessoas jurídicas.

Combatendo tal pensamento, dizem os doutrinadores que a pena privativa de liberdade é a de maior grau, reservando-se para os casos mais graves, havendo, para os casos de aplicação de pena aos entes cole-

¹⁶SANCTIS, Fausto Martins. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 80.

tivos, outras mais adequadas, chegando-se ao extremo do encerramento de suas atividades, o que equivaleria a uma verdadeira "pena de morte" (e, aqui, fica uma dúvida: seria inconstitucional?!).

Quanto à impossibilidade de arrependimento da pessoa jurídica, com relação à finalidade reeducativa da pena, argumenta-se que, com a responsabilização do ente coletivo, a relevância pública da pena estaria realizada, sobrepondo-se essa aos objetivos morais.

O fato é que, no Brasil, a questão já foi superada com o advento da Constituição Federal que, em seus artigos 173, §5º e 225, §3º, estabelece:

"Art. 173...

§5º. *A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.*

Art. 225...

§3º. *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."*

Assim, como diz *Celso Ribeiro Bastos*:

"A atual Constituição rompeu com um dos princípios que vigorava plenamente no nosso sistema jurídico, o de que a pessoa jurídica, a sociedade, enfim, não é passível de responsabilização penal."

O disciplinamento ordinário, no campo ambien-

tal, veio com a prefalada Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 que, em seu artigo 3º, preconiza:

"Art. 3º *As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.*

Parágrafo único. *A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato."*

E, em seus artigos 4º e 21, prevêm, respectivamente, a possibilidade de aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica e indica quais as sanções penais adequadas à pessoa jurídica, em obediência ao disposto na Carta Federal:

"Art. 4º *Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente."*

6. ESPÉCIES DE PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA

Segundo *Soler*, citado por *Damásio E. de Jesus*, a pena seria "a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos."

De acordo com o nosso ordenamento penal (art. 32), são espécies de pena: as privativas de liberdade,

as restritivas de direitos e a multa.

Pela sua própria natureza, às pessoas jurídicas não se podem aplicar todas as espécies de pena previstas na nossa legislação, razão pela qual os arts. 21, 22, 23 e 24 da Lei nº 9.605/98, fizeram verdadeira adaptação das espécies de pena à pessoa jurídica, em respeito ao teor da Constituição Federal, excluindo, como há de ser, a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, dado o seu caráter eminentemente físico.

Dispõem os citados artigos que:

"Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total das atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal

ou regulamentar.

§3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de 10 (dez) anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional."

7. DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE

Vistas as espécies de pena que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas, resta firmarmos nosso posicionamento quanto à execução das mesmas, haja vista que o legislador pátrio, num grande avanço - não deixa de ser -, apenas fez menção às espécies, deixando de se posicionar, ou mesmo remeter a qualquer outra legislação, quanto à execução das mesmas.

Quanto à **pena de multa**, não há muito com o que

se preocupar, posto que a Lei nº 9.268/96, ao revogar o art. 51 do Código Penal, que previa conversão em pena privativa de liberdade pelos tantos dias-multas aplicados, estabeleceu que a mesma, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, passa a ser considerada dívida de valor e, como tal, deve ser inscrita na Dívida Ativa da Fazenda Pública. Assim, a execução da pena de multa deixa de ser regulada pelos arts. 164 e seguintes da Lei de Execuções Penais, para ser regida pela legislação de Execução Fiscal própria, passível de aplicação às pessoas jurídicas.

O problema maior e objeto central da nossa discussão diz respeito às penas de **restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade**, posto que, para ambas, é prevista a **conversão**, no caso de descumprimento, em **pena privativa de liberdade**.

Aliás, é assim que preconiza o art. 45 do Código Penal:

“Art. 45. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:

I - sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II - ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.” (grifos nossos)

De seu turno, o art. 181 da Lei nº 7.210/84 (Lei das Execuções Penais), completando o disposto no art. 45 acima transcrito, dispõe que:

“Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na

forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;*
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;*
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;*
- d) praticar falta grave;*
- e) sofrer condenação por outro crime a pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.*

§2º A pena de limitação de fim de semana...

§3º A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras a e e do §1º deste artigo.” (grifos nossos)

Então, como converter a pena restritiva de direitos ou de prestação de serviços à comunidade imposta à pessoa jurídica em privativa de liberdade, se tal pena, como já dito, por sua natureza, não é compatível com os entes coletivos.

Mais uma vez se vê que os antigos dogmas do direito penal vêm a dificultar a aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, não nos deixemos interromper por essa barreira dogmática que, como veremos, nos fornece, ela mesma, a solução para o caso em exame.

Três hipóteses são aventadas para solucionar o

problema: - as penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade se converteriam em títulos executivos cíveis capazes de ensejar Ações de Execução de Fazer ou Não Fazer, conforme fosse a hipótese; - o descumprimento de tais sanções geraria para o administrador, diretor ou gerente da pessoa jurídica (ou para os componentes do órgão de deliberação) a incidência de um novo tipo penal (desobediência); - ou seria o caso de aplicar-se a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica, aplicando-se aos seus administradores responsáveis pela decisão de não cumprimento as sanções penais de privação da liberdade.

Quanto à primeira hipótese aventada - constituição de título executivo, não somos favoráveis à mesma, até porque ausente qualquer previsão legal, para o caso de aplicação subsidiária das normas processuais civis.

Na segunda hipótese - incidência de **novo delito** para os administradores da pessoa jurídica, só iria demonstrar, em campo prático, a impossibilidade de aplicação de pena às pessoas jurídicas, que não poderiam arcar com os custos de uma execução penal.

Ficamos, pois, com a última hipótese, prevista, aliás no Art. 4º da Lei nº 9.602/98, que aqui repetimos:

“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

O artigo ora em destaque é bastante amplo e, dessa forma, há de ser entendido como solucionador da questão posta.

Veja-se que, conforme o art. 23 da Lei nº 9.602/98, a pena de prestação de serviços à comunidade imposta à pessoa jurídica terá sempre por objetivo o ressarcimento - ou até a reeducação em matéria ambiental. Dessa forma, sempre que se procurar obstar tal ressarcimento - e é o caso do descumprimento da sanção imposta - há de se aplicar a **Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica e aplicar a sanção privativa de liberdade oriunda da conversão, aos sócios responsáveis por aquela omissão no cumprimento das medidas inicialmente impostas.**

8. CONCLUSÕES

De forma breve, podemos sustentar que:

- 1 - O tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ainda não é estático na legislação dos diversos países, enfrentando sérias resistências, pois, em sendo a culpabilidade pressuposto para a aplicação da pena, não poderiam as pessoas jurídicas ser sujeitos ativos de crime, posto que desprovidas de vontade própria. Demais disto, não se poderia falar em arrendimento da pessoa jurídica, contrariando, assim, a finalidade reeducativa da pena.
- 2 - Apesar de todos esses argumentos, a tendência da doutrina moderna é admitir a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, considerando que a mesma tem personalidade jurídica e vontade próprias (de acordo com a Teoria da Realidade), não tendo a pena unicamente o caráter de reeducação,

mas sobretudo finalidade social e pública.

- 3 - No Brasil, com a Constituição Federal (arts. 173, §5º e 225, §3º) e, mais recentemente, a Lei nº 9.602/98, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica passou a ser de ordem legal positiva, fazendo-se, inclusive, previsão das penas aplicáveis às pessoas jurídicas.
- 4 - Não teve o legislador, porém, preocupação em fazer considerações acerca da execução das penas hipoteticamente previstas para as pessoas jurídicas, máxime quando se trata de descumprimento das penas de interdição de direitos e de prestação de serviços à comunidade, quando, pela doutrina tradicional e pela legislação posta, devem ser convertidas em pena privativa de liberdade, sendo impossível aplicar-se essa às pessoas jurídicas, face ao seu caráter nitidamente físico.
- 5 - Buscando solucionar tal problema, vislumbramos a existência de três soluções: transformação da sentença em título executivo judicial; incidência de novo delito (desobediência), agora praticado pelos administradores da pessoa jurídica e possibilidade de aplicação da Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no campo penal.
- 6 - Após combatermos as duas primeiras soluções, apontamos a terceira como mais adequada, até porque prevista legalmente no art. 4º da tão citada Lei nº 9.602/98.
- 7 - Como conclusão final, verificamos a importância das mudanças nos antigos conceitos doutrinários e dogmáticos na área criminal, possibilitando, assim, a adequação aos dias atuais, em que as pessoas jurídicas, entendidas como entes personificados com pa-

trimônio e vontade distintos das dos seus sócios, vêm se destacando sobremaneira e, como tal, passam a ser sujeitos ativos de crime.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
2. JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
3. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 1996.
4. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil; parte geral*, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
5. SANCTIS, Fausto Martins. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
6. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
7. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.

8. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*; parte geral. 2. ed. São Paulo : RT, 1999.

ALGUNS ASPECTOS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL*

Roque de Brito Alves

Doutor em Direito, Professor de Direito Penal da Universidade Católica de Pernambuco, da Faculdade de Direito de Olinda e da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Advogado.

SUMÁRIO

1. O ASPECTO FILOSÓFICO. 2. A NOSSA COMPREENSÃO. 3. OS MEIOS DE PROVA. 4. EXIGÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. 5. A DÚVIDA: ASPECTO TÉCNICO. 6. ÔNUS DA PROVA

1. O ASPECTO FILOSÓFICO

1 – Filosoficamente, a matéria referente à prova envolve vários conceitos fundamentais sobre “verdade”, “evidência”, “demonstração”, “probabilidade”, “possibilidade”, além de – como é óbvio – a própria compreensão filosófica de “prova”, tudo inteiramente aplicável ou mesmo como pressuposto lógico de sua problemática jurídica, de natureza processual.

2 – Antes que tudo, em seu aspecto lógico, formal, pode entender-se como “prova” a operação que conduz a inteligência, de modo certo e convincente, a conhecer a verdade de uma proposição antes conside-

* Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Direito Processual, Recife, 19 a 22 de maio de 1999

rada como duvidosa e, assim sendo, a prova é, em geral, um raciocínio, porém nem sempre, desde que pode consistir numa apresentação objetiva, de fato, que afasta a dúvida, assim como numa apreensão da realidade.

Já em seu significado material, a prova é aplicável à apresentação de um fato, a um documento que “prova” alguma coisa, como por exemplo, juridicamente a certidão do registro de nascimento como “prova” do mesmo, o laudo de perícia tanatoscópica como “prova” da morte, etc.

Mesmo assim, entendemos que tal prova material não elimina a sua compreensão primeira como raciocínio pois tal apresentação ou apreensão de um fato ou coisa não é, por si mesma, prova sendo, simplesmente, o procedimento ou meio de estabelecer, de demonstrar o fato que já existe ou existiu, não criando, portanto, o fato que é preexistente.

3 – Essencial para a devida compreensão da problemática é o conceito de “verdade” pois atualmente a doutrina processual sustenta que a finalidade do processo é a busca da “verdade real, material”, não a “verdade formal”.

Basicamente, em sua noção filosófica ainda predominante, a “verdade” é definida como a conformidade ou correspondência da inteligência com a realidade, a “*adequatio intellectus et rei*”.

Tal conformidade com a realidade, entendida em termos de “*veritas rei*”, de “*veritas in essendo*” opõe-se clara e categoricamente à denominada Filosofia Escolástica (ou Filosofia Perene), com São Tomás de Aquino à frente, e Aristóteles como precursor à doutrina da “*veritas intellectus ou veritas in cognoscen-*

do” que sustentava a verdade aplicada somente ao próprio conhecimento – tese de Kant e dos filósofos idealistas -, à conformidade com as regras deste, e não ao ser em si, à apreensão da realidade e logo, no âmbito do Direito, à apreensão da realidade preexistente, a uma prova de versão ou de uma afirmativa sobre um fato que existiu ou que existe.

Verdade, então, filosoficamente, em seu sentido de realidade, de “*veritas rei*” e juridicamente, assim, no campo processual, como sua finalidade, a denominada verdade real, material.

Restritamente, pode-se entender também a verdade como a que é efetivamente experimentada, feita ou constatada por uma “prova” como por exemplo, a testemunhal, a documental, a prova, aqui, como meio, método ou técnica de exhibir-se, de demonstrar-se uma verdade.

Já o critério formal da verdade que Kant sustentava como “a conformidade do conhecimento com as suas regras”, tinha como antecessor Platão ao interpretar a verdade como a correspondência ou conformidade com uma regra ou um conceito, com as leis gerais do intelecto, considera como “falso” o que contradiz tais leis, é a denominada “verdade formal”, igualmente existente na área jurídico-processual (a prova segundo as exigências legais), porém não predominante em relação à intitulada verdade real, material, objetiva, a que deve ser admitida no processo penal.

Filósofos sustentam na compreensão da verdade que a “coisa” ou “objeto” ao qual o intelecto deve conformar-se é a “*res intellecta*”, isto é, a coisa tal como é apreendida pela inteligência e não aquela que é exte-

rior ao próprio intelecto, que existe fora dele realmente, tese que não é a mais correta ou predominante atualmente.

Sem dúvida, com já proclamava Aristóteles, a negação daquilo que é e a afirmativa daquilo que não é, é o falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade.

Em conseqüência, a medida ou o critério da verdade é o ser ou a coisa (o objeto, o fato), não o pensamento, a proposição, o intelecto e assim por exemplo, a neve não é branca porque se diz que ela assim é, porém porque ela é branca. Então, verdadeiro é o que diz as coisas como elas são e falso é aquele que a diz como não são.

4 – Quanto à compreensão da prova no plano filosófico, esclareça-se que, de início, pode ser entendida como o procedimento ou técnica apta ao estabelecimento do conhecimento válido, como por exemplo, para exibir um documento, a testemunhal, etc., sendo o vocábulo mais extenso que demonstração. Com efeito, as demonstrações são provas, porém nem todas provas são demonstrações.

Já na filosofia antiga, Aristóteles salientava o conceito de “prova” como a que produz saber, conhecimento, certeza, distinto do conceito de “indício” que, por sua própria natureza, proporcionaria somente um conhecimento provável, não um conhecimento certo, seguro, indubitável. Eis uma das razões por que neste nosso trabalho não admitimos tecnicamente condenação baseada em indícios, pois a prova indiciária por si mesma nunca poderá gerar a certeza (sobretudo de cul-

pabilidade, o que já se exigia nos mestres clássicos da prova como Mittermayer, Malatesta e Florian), a certeza indispensável a uma sentença condenatória, ao passo que a prova indiciária pode produzir, no máximo, uma probabilidade a tal respeito.

Portanto, a “prova” pode ser compreendida como “procedimento”, uma técnica, um método que estabelece ou descobre, revela conhecimento ou uma apreensão de uma realidade que já existe, é preexistente.

Também, por outra parte, “prova” significando que o que foi dito não pode ser refutado ou é uma realidade (fato) que não pode ser negada e assim sendo a prova é sempre demonstrável. Sob tal consideração lógica, “prova” compreendida como argumento que não admite dúvidas ou objeções, tendo-se em vista as suas premissas certas, irretorquíveis, verdadeiras.

5 – Também, filosoficamente “evidência” é a revelação, manifestação ou demonstração da verdade, não se confunde com essa, não é sua definição ou critério, logicamente não é correto dizer-se “verdade evidente”, pode ser uma mera força de expressão.

6 – Por sua vez, “demonstração” existe mediante um silogismo que deduz uma conclusão de princípios primeiros e verdadeiros ou de outras proposições deduzidas silogisticamente de princípios primeiros e evidentes.

Assim, a sua estrutura formal é a do silogismo que demonstra a essência das coisas através do conhecimento das suas “causas”.

Portanto, logicamente, desde Aristóteles, a demons-

tração apresenta um caráter de dedução formal a partir de certas premissas, o que pode distingui-la de outras espécies ou meios de provas, em seu aspecto lógico, sendo a demonstração da matemática a do tipo ideal.

7 – Em relação à “probabilidade”, significa o que é “admissível”, “verosímil”, “que pode ser apurado” (porém ainda não foi provado), que apresenta um certo grau de credibilidade.

Considera-se “provável” o fato ou proposição com o grau suficiente para sua confirmação ou credibilidade. Assim, “provável” é o que apresenta credibilidade, é o que pode ser crido.

Entretanto, “provável” não pode ser o “verdadeiro” pois isto é um equívoco fundamental, a partir da consideração primordial de que probabilidade não é sinônimo ou não se confunde com certeza, nunca pode gerar esta.

8 – Distinguindo-se de “provável”, “possível” significa filosoficamente o que pode ser ou não ser, o que não é necessariamente falso e também o que não é necessariamente verdadeiro.

Pode reduzir-se logicamente o “possível” ao “não-impossível”, e assim pode-se dizer ou argumentar-se que se não fosse possível seria impossível.

Em verdade, tudo que é possível pode realizar-se, e o que não se pode realizar é o impossível, portanto o possível é uma possibilidade real, é o possível como algo potencial.

Passando-se logo essa nossa argumentação lógica para o âmbito da legislação processual penal, tecnicamente admite-se que para uma denúncia basta a pre-

sença de indícios leves, vagos, imprecisos em relação à autoria ou à culpabilidade – logicamente campo do possível –, ao passo que para a decretação de uma prisão preventiva ou para uma sentença de pronúncia seriam necessários indícios suficientes, veementes a tal respeito – logicamente campo da probabilidade –, em uma clara distinção tecnicamente da mera possibilidade e de uma forte probabilidade para tais atos no âmbito processual.

2. A NOSSA COMPREENSÃO

1 – Em superior significado filosófico, entendemos como “prova” tudo aquilo que conduz à admissão de uma afirmativa ou da versão sobre um fato, sobretudo através da demonstração, da dedução e do raciocínio.

Entretanto, em sua significação processual (penal e civil), técnica, vem a expressar a atividade realizada no processo com a finalidade de ministrar ao órgão judicial os elementos ou meios de convicção necessários ao julgamento, e de tal compreensão segue-se a assertiva de que o objeto da prova é o fato preexistente. Pode, por outra parte, traduzir o resultado de tal atividade como é afirmado, por exemplo: “que se deve julgar de acordo com a prova dos autos”.

Certa, em nossa opinião, portanto, a clássica compreensão da prova como a soma dos fatos ou elementos geradores da convicção dentro do processo, que deduzimos das lições de consagrados tratadistas da prova como Mittermayer, Malatesta e Ellero. “Prova”, então, como sinônima de “certeza”. Sob tal entendi-

mento, o fim da prova é o de fornecer o conhecimento e a verdade do fato como o real objetivo do processo. O fato, a causa, o litígio, aquilo sobre que versa o processo seria o objeto da prova. Sustenta-se, assim, na doutrina contemporânea sobre o tema, a distinção entre a denominada "verdade material" e a cognominada "verdade formal" na indagação acerca do objetivo ideal do processo. Sem dúvida, em nossa interpretação, tal fim é a apuração da verdade material ou real, aquela que se ajusta à realidade do fato (ou fatos) pois a verdade formal é simples produto da prova legal, como elemento que integra a certeza processual.

2 – Se, tecnicamente, a prova pode ser entendida como a soma ou conjunto de vários meios mediante os quais a razão atinge a descoberta da verdade, ou "provar" vem a significar fornecer ao julgador a certeza de ser e do modo ou forma de ser de fatos controvertidos – o que se torna sinônimo de fatos geradores da convicção apurados na ação –, não se deve confundir o conceito de prova com o meio ou meios de prova.

Se lógica e juridicamente tal confusão é inaceitável, não se poderá negar, também, que restritamente, pode ser considerada a prova como todo e qualquer elemento que contribua para gerar a certeza, identificando-se a prova como resultado de um fato e, assim, em seu aspecto jurídico-processual como o complexo de elementos de que se serve o julgador para formar a sua convicção acerca dos fatos que são objeto do processo. Então, sob tal prisma, podemos, amplamente, considerar a prova como todo e qualquer meio que produza o resultado, bem como o próprio resultado na pes-

quisa da verdade material como fim do processo. Tal compreensão da prova pode ser aceita tendo-se em vista o nosso direito processual, a nossa legislação processual, tanto a penal como a civil.

Sob tal compreensão, a prova é, sem dúvida, *a ratio essendi* do processo, visando esse à apuração da verdade material.

3 – Substancialmente, no processo, os elementos probatórios como fontes são conhecidos e utilizados pelas partes e como meios é que cabe ao julgador as devidas providências para que apareçam na ação, valendo isso como uma verdadeira liberdade processual de disponibilidade e utilização de provas.

Acolhida essa apreciação essencial, não há contradição alguma em afirmarmos que a verdade material que é o fim precípua do processo – tanto na justiça criminal como na civil – irá ser obtida através da verdade formal, da prova legal. Obtida fica assim a prova como a verdade produzida em juízo em torno de um fato duvidoso ou discutível, como plena verificação do mesmo.

4 – Sob outro prisma da questão, nessas considerações gerais, existe na problemática da prova, ao nosso ver, uma infeliz confusão na extremada tese de que "os fatos provam-se". Ao invés, o que realmente ocorre é que os fatos existem e o que se prova ou o que se deve provar são as assertivas sobre os fatos, as afirmativas concernentes aos mesmos. Então, a prova das afirmativas significa que terá de ser demonstrada a evidência das assertivas formuladas pelas partes no processo. Se as afirmativas refletem a realidade, se coin-

cidem com a realidade, a sua demonstração – ou prova – deve servir de elemento para a convicção do julgador. Por conseguinte, os fatos serão o conteúdo, a substância das afirmativas, surgindo a prova como a verificação ou a demonstração das afirmativas e não essencialmente como a demonstração dos fatos, os quais são preexistentes à prova, não são criados pela prova, eis a nossa tese.

5 – Ficam as partes incumbidas tanto do denominado ônus da prova (a acusação em matéria criminal) como, igualmente – em outra função sua –, da busca das fontes de prova. Normas gerais e fundamentais que não impedem que em quase todas as legislações processuais penais contemporâneas seja aceito o princípio de ter o juiz, como faculdade, buscar outras provas além das oferecidas pelas partes. Contudo, basicamente, o julgador não oferece provas pois utiliza-se, em geral, das que as partes lhe oferecem, dirigindo ou governando os meios através dos quais penetram no processo as fontes de prova obtidas pelas partes. Essa é a diretriz doutrinária predominante no assunto.

6 – Distinguindo-se “procedimentos” e “processo” – este como uma sucessão de atos, o primeiro como a forma que realiza tais atos –, deve-se atentar a que a prova obedecerá, deverá ajustar-se a um certo procedimento para que possa legalmente valer. Assim sendo, na ordem jurídico-processual contemporânea das nações, as suas normas legais impõem a realidade da prova a ajustar-se à realidade processual, técnica. Em verdade, se a realidade da prova – que é uma realidade material, objetiva, como um inegável fenômeno extra-

processual, pois oriundo da própria vida – tem de penetrar na vida do processo, tal penetração tem de ser sob a forma processual. As normas constitucionais e as processuais, de legislação ordinária sobre as fontes e os meios de prova, é que concederão a devida forma ao sistema legal admitido em um certo país.

Perante essa compreensão jurídica, teria ainda valor a velha fórmula de considerar-se a sentença como um silogismo no qual A PREMISSA MAIOR É A NORMA que faz subsumir a menor que é a versão do fato, que deve ser ou resultar provado e de ambas surgirá a conclusão.

Se nesta apreciação, o processo, antes que tudo, é norma e prova, o que será sempre essencial, entretanto, é que ao julgador compete a valorização da prova, emitindo um juízo de valor sobre a mesma e jamais (seja qual for o sistema adotado) decidir sem a prova do processo ou contra a prova do mesmo, a existente na ação.

7 – Através de indagações fundamentais, a doutrina tem procurado salientar as questões fundamentais da problemática da prova, da mesma forma que muitos processualistas procuram sintetizar os aspectos essenciais da denúncia como a peça inicial de acusação em uma ação penal pública.

Tais indagações são as seguintes: “Que é” a prova? “Que” se prova? “Quem” prova? “Como” se prova? “Que valor” tem a prova: “Com quem” se prova? “Para quem” se prova e, por último, “Com que garantias” se prova? Seriam as oito perguntas ou temas fundamentais acerca da prova e são indagações que va-

lem, sobretudo, para a teoria unitarista da prova que seria a mesma tanto no procedimento ou processo civil e penal, como em qualquer outra atividade judicial, sempre sob a idéia central de que a prova é o ponto culminante da ação ou do processo, o qual, em primeiro lugar, é prova.

Em síntese, a doutrina apresenta as seguintes respostas a tais indagações:

- 1ª - Que é prova? A prova é demonstração, é verificação;
- 2ª - O que se prova? Devem ser provadas as afirmativas das partes, as versões sobre os fatos, em nosso entendimento.
- 3ª - Quem prova? O ônus de provar cabe, em geral, às partes e ao juiz a faculdade, consagrada em quase todas as codificações. A faculdade do julgador limita-se, porém, aos meios de prova enquanto as fontes de prova cabem às partes, assim como os seus meios. Em matéria criminal, a acusação tem de ser provada integralmente, bastando a defesa arguer a dúvida sobre a mesma.
- 4ª - Como se prova? Mediante um procedimento probatório preestabelecido formalmente.
- 5ª - Que valor tem a prova? Sua valorização verifica-se na sentença através de certos critérios e regras de críticas no princípio ou sistema predominante, em matéria criminal, de livre convicção na apreciação das provas.
- 6ª - Com o que se prova? Prova-se com as fontes e os meios, considerando-se as primeiras como os elementos probatórios preexistentes ao processo inde-

pendentemente, e os meios como atividade pela qual as fontes penetram ou incorporam-se ao processo.

- 7ª - Para quem se prova? As provas são para o processo, são adquiridas visando ao processo, não sendo, em tese, portanto, nem de defesa e nem de acusação, das partes e nem também do julgador.
- 8ª - Com que garantias se prova? A demonstração ou constatação das afirmativas das partes, através do uso das fontes que penetram no processo mediante os meios legalmente admitidos, é efetuada dentro das normas estabelecidas pelo sistema processual admitido em um país e com as garantias previamente estabelecidas. Então, a real função do julgador, neste particular, não é somente verificar ou averiguar as assertivas das partes porém eliminar, por todos os meios, as dúvidas existentes no processo ou as que penetram no seu espírito acerca das provas das afirmativas das partes, para que surja a sua livre convicção sobre a prova dos autos.

Salientemos, sempre, que as provas são válidas para o processo, são para o processo e não para as partes.

3. OS MEIOS DE PROVA

Em relação aos meios de prova, é princípio geral que somente são admissíveis os meios de prova legal ou moralmente lícitos, legais, legítimos, norma adotada na nossa legislação adjetiva civil e penal, inclusive no texto do novo Projeto de Código de Processo Penal

já reapresentado à Câmara dos Deputados.

Os meios lícitos, mesmo que não estejam determinados, especificados em lei, são idôneos para a prova da verdade dos fatos ou das afirmativas das partes, incluindo todos os que servem para fundamentação da acusação ou da defesa em matéria criminal. Assim sendo, são plenamente admissíveis os novos meios surgidos devido à evolução tecnológica contemporânea.

Com a exigência doutrinária e positiva através da expressão "moralmente lícitos" ou "meios legais", impede-se uma atividade constitutiva da prova mediante meios imorais, ilegítimos, criminosos, fraudulentos. Surge, assim, o critério da moralidade ou da licitude como delimitador dos meios que possam valer judicialmente, repelindo-se os procedimentos sub-reptícios, indignos com pretensão a valer no processo posterior. Evita-se, portanto, a possibilidade de formação de prova pré-constituída à revelia daquele contra quem *ad futurum* possa ser apresentada. Se tais procedimentos indignos, ilícitos, fraudulentos não podem ser apreciados legalmente como meios de prova, é óbvio que não valerão também como indícios ou prova, indiciária ou circunstancial. Qualquer imoralidade ou ação ilícita na obtenção de prova, seja qual for a sua natureza ou instrumento, vem a invalidá-la completamente, impossibilitando o seu uso na ação penal.

Atualmente, aponta-se como exemplo de meio imoral, ilícito, a gravação oculta de diálogos, de conversas telefônicas, de telegráficas ou radioelétricas, obtenção de documento por ameaças; relatórios ou informes que terceira pessoa traz por estar interessada no

processo; revelações documentais ou orais; alguém recompensado ou subornado por qualquer das partes para depor, etc.

Em nossos dias, com a industrialização, em larga escala, de gravadores portáteis, surge um novo meio de prova, porém existe um inegável risco de "enxertos", de "montagem", de corte de palavras, de supressão de trechos e outras deturpações como a sua utilização para ação ilícita, ilegal em processo. Sobretudo, em sua forma sub-reptícia de gravação, sem que a parte contra a qual foi produzida tenha, na ocasião, sabido que seu diálogo ou palavras estavam sendo gravadas, numa incontestável formação criminosa, espúria, dolosa de prova pré-constituída, de elemento *ad probationem*. Se empregada honesta e legalmente, a utilização de gravador terá o valor como prova que realmente merecer no processo in concreto.

Em geral, todo e qualquer meio de prova fica sujeito a adulterações, a falsificações, devendo caber ao julgador ou à parte contra quem foi produzido tomar as providências legais, estar atento a tais deturpações. Toda gravação é ilícita, impossível de ser aceita como meio de prova, se alguém não está ciente da mesma.

Não se argumente com uma obediência à verdade material como fim do processo para admitir-se a obtenção ilícita, imoral de prova pré-constituída por não ser admissível perante a nossa legislação processual penal e civil um meio imoral de prova, o emprego de meios fraudulentos na aquisição de prova. Citemos, aliás, que o Código Penal de 1969 – revogado sem ter vigorado... em 1978 – considerava como tipo penal,

como delito a violação da intimidade, em seu art. 161. Violação que consistiu na utilização de processo técnico para atentar contra o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos não pronunciados publicamente, incluindo-se claramente a gravação oculta, sub-reptícia como meio executivo de tal delito, ao lado de outros processos técnicos.

Em conseqüência, qualquer fonte ou meio de prova é aceito desde que obtido legalmente e são verdadeiramente inesgotáveis, na moderna tecnologia, tais meios, especialmente na eletrônica, com exemplo típico para as fitas magnéticas.

A nossa vigente Constituição de 05/10/1988 proíbe, não admite, clara e categoricamente, "as provas obtidas por meios ilícitos", inc. LVI do art. 5º.

4. EXIGÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO

1 – Em síntese, sustentamos que na teoria da prova em matéria criminal, a mesma destina-se a demonstrar a certeza da materialidade do fato e a sua tipicidade, em primeiro lugar; secundariamente, a autoria (ou co-autoria) e, afinal, em terceiro lugar, a culpabilidade do agente (dolo ou culpa em sentido estrito). Tal prova, sem dúvida alguma, incumbe à acusação, não se podendo inverter o *onus probandi* pela simples ocorrência do resultado lesivo de dano material (isto é, a produção pelo agente de um resultado lesivo pela mera fixação do nexo ou vínculo de causalidade material

entre a sua ação ou omissão e o resultado causado, verificado).

2 – Fixados esses nossos dois pressupostos básicos, atenda-se a que, em nosso direito ou legislação processual penal vigente, o art. 386, inc. VI exige, clara e categoricamente, a presença de uma "prova suficiente" para que seja autorizada, em nosso sistema legal, uma condenação, para que seja lavrada uma sentença condenatória.

Tecnicamente, estabelecemos como distinções essenciais que os indícios (ou prova indiciária) se leves ou vagos bastam para uma denúncia como peça inicial de acusação em ação penal pública; se os indícios são veementes ou suficientes fundamentam uma sentença de pronúncia ou decreto de prisão preventiva em relação à autoria criminal, o que não é possível para uma sentença condenatória, a qual exige uma prova que seja sinônima de certeza de existência do fato e da culpabilidade do acusado. Para a sentença condenatória, indício de natureza ou de gravidade alguma basta, o que já se constitui uma tradição nas lições da nossa processualística penal e nas nossas legislações desde o século XIX.

Por outra parte, se em relação ao reconhecimento da autoria para a denúncia, a pronúncia e a prisão preventiva bastam indícios leves ou suficientes, respectivamente, observe-se que quanto à materialidade do fato, à existência do fato típico exige-se, em todas, a presença de prova e não de indícios a tal respeito.

A "prova suficiente" de que nos fala o texto legal é entendida, na doutrina, como sinônima de prova cabal, concludente, plena, acima de qualquer dúvida ou

hipótese favorável ao acusado. Ou seja: é, essencialmente, a velha "certeza de culpabilidade" de que nos falam os mestres da prova em matéria criminal (Mittelmayer, Malatesta, Ellero, Gianturco, Gorphe, Florian, Altavilla, Schimdt).

3 – Em verdade, é princípio fundamental do processo penal das nações democráticas a sentença condenatória somente poder ser fundamentada em prova geradora de certeza. A forma legal do processo deve estabelecer o fato típico, a autoria e a culpabilidade com total certeza, excludente de qualquer dúvida a respeito.

4 – Exigindo a condenação imperativamente a certeza, não será suficiente sequer a alta probabilidade sobre tais elementos ou dado, pois lógica e psicologicamente a mesma é apenas um juízo de nosso espírito sobre um fato ou uma realidade. Eliminada qualquer outra superior indagação filosófica ou metafísica sobre a questão, a certeza surge como o conhecimento além ou acima de qualquer dúvida sobre um fato ou uma realidade, com apoio em elementos ou dados objetivos, insofismáveis que demonstrem o delito e a sua autoria assim como a culpabilidade do agente indispensável a uma punição. Tal objetividade da certeza elimina, de plano, a adoção do sistema de íntima convicção (que não foi aceito na nossa legislação penal processual vigente e nem no novo Projeto) que é insuficiente, precário por sua própria natureza.

Tal "certeza" exigida doutrinariamente e pela legislação não é, assim, a puramente psicológica, íntima, subjetiva pois o sistema de livre apreciação da pro-

va que foi adotado pela nossa vigente legislação processual penal está baseado em elementos objetivos de justificação, não se confundindo, assim, com a simples opinião ou crença do julgador, por um simples convencimento sem base concreta alguma. Sistema atual adotado que em relação à certeza requer, sempre, uma verificação do *thema probandum* de forma que venha a eliminar a possibilidade de dúvida no espírito julgador, não dando margem ao seu arbítrio pessoal, numa "certeza" puramente subjetiva, tecnicamente impres-
tável para a condenação.

5 – Sob tal compreensão da questão, entende-se, na doutrina, que a dúvida irá significar a própria ausência de prova e não somente – conforme muitos julgam – em insuficiência ou precariedade da prova. Existindo dúvida, não se fez, em verdade, prova; inexistente e não que a prova é insuficiente. A dúvida, portanto, é a negação da prova, a sua antítese. Da mesma forma que a certeza não admite graus, a dúvida "razoável ou mais ou menos forte", sob estrita consideração nossa de ordem técnica na matéria da prova criminal, devendo o problema ser colocado sob termos absolutos, drásticos, sem relativismo algum em assunto tão grave para a liberdade do cidadão e para a própria essência da prova.

Se observarmos, em seus traços essenciais, a doutrina e a jurisprudência criminal anglo-norte-americana, a brasileira, a italiana, a alemã e a francesa constataremos que é pacífica a exigência de certeza sobre estes três pontos ou elementos fundamentais da prova em matéria criminal para uma condenação e que, em verdade, a presença de dúvida significa inequivocamente

ausência de prova.

6 – A nossa melhor jurisprudência criminal, as decisões dos nossos tribunais e juízes seguem a diretriz uniforme, reiterada de exigência imperativa de prova acima de qualquer dúvida ou hipótese favorável ao acusado para legitimar-se uma condenação, adotando-se o princípio universal de presunção de inocência de todo acusado, o que agora é princípio constitucional.

7 – Atente-se, também, que o texto legal do inc. VI do art. 386 do Código de Processo Penal vigente não se contentou em exigir somente a presença de “prova” para uma condenação, pois veio a qualificá-la, a adjetivá-la como “suficiente”. Bastaria, mesmo, a simples menção ou o uso do vocábulo “prova” sem mais nada, pois o mesmo, per se, em matéria criminal, significa a certeza a que já nos referimos, mas o legislador ainda teve o cuidado do acréscimo para indicar, categoricamente, a exigência de eliminação de qualquer dúvida para legitimar-se, legalmente, a condenação de alguém em nosso sistema jurídico. O que afasta, de plano, qualquer outra interpretação em tal sentido que não a presença de prova plena, cabal, concluyente do fato, da autoria, da culpabilidade para a condenação.

8 – Particularmente, no tema, surge a questão da prova testemunhal por “ouvir dizer” (de “oitiva” conforme se diz) como idônea para valer tecnicamente.

Entendemos que se, em tese, a prova testemunhal é precária, por si mesma, devido a vários fatores subjetivos e objetivos, passível sempre de inúmeras críticas, muito mais frágil, precária, insuficiente, suspeita é a testemunha “de (ou por) ouvir dizer”, de “ouvida

alheia”. Não aceitamos em algo tão grave como a supressão da liberdade de alguém que seja admissível, para legitimá-la, prova de tal qualidade, geralmente parcial, fonte de palavra. Já ensinava Malatesta que a testemunha “por ouvir dizer” nunca se baseia em elementos certos, seguros, desde que não indica, geralmente, a fonte que lhe disse o que afirma, é sempre insegura a tal respeito. As afirmativas são geralmente produto de sua vontade ou de sua imaginação, ou do seu interesse ou parcialidade pois, geralmente, pessoa alguma realmente lhe disse o que narra em juízo como se fosse de outrem.

Não tem validade jurídica como prova o acidental ou eventual conhecimento do fato “por ouvir dizer”, “por comentários”, num depoimento de “oitiva” sempre vago, imprestável para uma condenação. Mencionemos, aliás, que no velho sistema das provas legais, não se aceitava a testemunha de ouvir dizer e nem mesmo o antigo Direito Romano admitia tal espécie de testemunho; igualmente, o atual direito anglo-americano não o aceita, não lhe dá valor como prova devido à sua evidente insegurança. No direito europeu continental, não existe uma clara proibição sobre a prova por ouvir dizer em virtude do predomínio do princípio ou sistema do livre convencimento do julgador, que lhe dará o valor que realmente merecer em relação à sua credibilidade. Não pode haver dúvida, entretanto, que a melhor prova ou a verdadeira prova testemunhal é a que surge do conhecimento direto sobre o fato.

A Psicologia, a simples análise científica da ques-

tão demonstra, à saciedade, a insegurança ou a precariedade do testemunho por ouvir dizer, a começar pelas naturais deformações que a versão sucessiva do fato vai experimentando, variando de indivíduo a indivíduo a percepção ou o modo como vai narrando o que já ouviu de outrem ("quem conta um conto, sempre acrescenta um ponto" diz o povo). Difícil aceitar-se a veracidade de tal depoimento porque quase impossível aceitar-se que o mesmo tenha uma base segura, uma origem idônea. Essencialmente, a sua insegurança é evidente, surge logo a um simples exame, variando sempre em função da percepção de cada um, impossibilitando tanto da parte do Ministério Público como pela defesa a sua eficaz contradição ou impugnação pois a prova não é a que surge do depoimento e sim daquele que a manifestou ao depoente. Então, os depoimentos por "ouvir dizer" não são realmente testemunhos no exato significado da expressão.

Em nosso país, não se pode excluir, de plano, a priori, o testemunho "por ouvir dizer" pois também adotou a princípio do livre convencimento do juiz na apreciação das provas, seguindo o modelo continental europeu. Fica, assim, confiado ao prudente arbítrio do julgador, com toda a sua insegurança, riscos e grandes inconvenientes que contém. Recordamos, aqui, os inúmeros erros judiciários que se originaram de condenações com base em testemunhos de "ouvir dizer" (e, também, com apoio em indícios e não em prova).

Reafirmamos, portanto, que mesmo perante o citado sistema ou princípio de livre convencimento, não se deve condenar com fundamento somente em teste-

munho de "ouvir dizer" (e, também, com apoio em indícios e não em prova direta).

9 – Sendo deveras importante para a condenação uma valiosa prova testemunhal, destaquemos que no capítulo referente a tal prova, o vigente Código de Processo Penal exhibe um complexo de regras que devem ser obedecidas para a validade dos depoimentos em seu conteúdo (art. 203, 204, etc.). Restritamente, para a citada validade, os depoimentos durante a instrução criminal, em juízo, têm de revelar o fato em todos os seus elementos ou em suas circunstâncias, com o domínio, sobretudo, da memória sobre as mesmas. Inegavelmente, para a justa avaliação ou valorização da testemunha pelo julgador, a sua percepção e memória são dados ou elementos importantes.

Apesar das limitações da memória humana por uma série de fatores subjetivos e objetivos – conforme a ciência tem demonstrado –, com todas as suas naturais falhas, a memória da testemunha ainda é o elemento mais valioso a ser apreciado pelo julgador, ao lado de outro fator também importante qual seja a capacidade ou a segurança da percepção do fato pela testemunha, numa ação em geral tão dinâmica como é a prática do delito e sobre a qual tem de depor.

Uma boa memória da testemunha (e para ser considerada como tal) deve excluir, principalmente, as sugestões conscientes e inconscientes que podem surgir como a sua maior inimiga pois as sugestões oriundas do conhecimento do fato não são, em verdade, a memória de tal fato.

10 – Objeto de copiosa bibliografia antiga e mo-

terna, a prova testemunhal em matéria criminal tem sido muito criticada, inclusive chegando a ser considerada como "a prostituta das provas".

Visível a tendência na doutrina e na jurisprudência criminal – sobretudo em certos delitos, como os de trânsito por exemplo – contemporâneas para dar-se maior valor à denominada prova técnica (ou pericial) e à documental sobre a prova testemunhal.

Entendemos – sem pretendermos exaurir o problema ou repetir críticas ou objeções bem conhecidas nas obras sobre a matéria – que duas observações principais podem ser erguidas como objeções à plena validade da prova testemunhal para servir de base para uma condenação.

Assim podem ser situadas:

- a) A testemunha não conseguiu captar com segurança ou clareza todo o fato que, posteriormente, deverá reproduzir através de palavras, por causas pessoais e objetivas, devido à situação exterior, de fato;
- b) A testemunha foi capaz de aprender corretamente o fato ocorrido, o crime praticado, porém, vem a expressar-se acerca do mesmo por uma representação intelectual deformada ou equivocada, falsa por várias razões: ou por malícia, má-fé ou por falta de aptidão sua (deficiente percepção, memória fraca ou deficiente, etc.) para descrevê-lo ou para representá-lo em sua mente. É o defeito em sua percepção sensorial ou psíquica do fato e defeito, também, em sua representação ou em sua exposição verbal.

Acrescentemos a essas nossas duas observações críticas, que igualmente sobre a qualidade da testemu-

nya, ela poderá não merecer credibilidade por diversas razões: por parcialidade, motivos econômicos, amorosos, políticos, por parentesco ou por qualquer outra causa particular como animosidade, prevenção contra o acusado ou a vítima, etc.

Consideramos que as nossas duas primeiras observações são de ordem constitucional em relação à personalidade da testemunha, psicofisiológicas, enquanto a terceira observação – que é complexa, com vários fatores – é mais objetiva, nascendo em geral de fatos ou de atitude no curso da vida da testemunha.

II – Neste tema referente à necessidade de prova para a condenação, esclareçamos que o sistema ou princípio de livre convencimento do juiz na apreciação das provas (que foi admitido pela nossa vigente legislação processual penal) não significa puro capricho ou arbítrio judicial em tal sentido.

Se é verdade que o julgador aprecia livremente as provas constantes dos autos, sem ficar obediente a nenhuma quantidade ou qualidade de prova, a nenhuma regra rígida a tal respeito, não é menos verdade que não poderá decidir contra as provas para condenar e nem condenar sem a prova suficiente da existência do fato, da autoria e de culpabilidade do acusado. Mesmo com a sua liberdade em tal rumo, o julgador tem que sentenciar baseado em algo objetivo, seguro, em prova certa existente no processo e não seguindo unicamente a sua opinião ou interpretação pessoal sobre a realidade do processo como no sistema da íntima convicção. Liberdade de apreciar ou escolher as provas que julga melhores tem o julgador; decidir contra as

provas para condenar ou condenar sem prova sinônima de certeza, não tem o julgador tal poder perante o nosso direito processual penal.

12 – Sem dúvida alguma, se fosse concedida a liberdade absoluta de convicção por parte do julgador, sem as provas do processo criminal, além ou acima delas, chegar-se-ia a um total arbítrio, numa certeza inteiramente subjetiva, perigosa e inconveniente, fonte de graves injustiças em sentenças condenatórias e claro risco ao direito de liberdade do cidadão contra o poder punitivo do Estado.

A liberdade do julgador tem de ser relativa (seria, melhor dito, autonomia) pois tem de ser limitada ou vinculada à prova oferecida, com sua valorização legal preestabelecida.

Eis uma das razões, em nossa opinião, da exigência legal de motivação ou fundamentação da sentença sob pena de nulidade adotada na nossa vigente legislação processual penal, evitando-se uma sentença condenatória puramente pessoal, caprichosa, fruto de arbítrio ou de parcialidade que estaria a viciar o próprio espírito ou essência do princípio ou sistema do livre convencimento, superior inegavelmente aos outros sistemas da prova legal ou de íntima convicção do julgador.

Somente o sistema aceito pela nossa legislação processual penal é que poderá, objetivamente, dar a evidência ou a certeza da culpabilidade do acusado no espírito do julgador, pela sua pesquisa imparcial, impessoal e serena sobre as provas dos autos.

5. A DÚVIDA: ASPECTO TÉCNICO

1 – Se já sustentamos que a dúvida na prova sobre o fato típico, a autoria e a culpabilidade, em matéria criminal, constitui ausência de prova e não somente prova precária, frágil, deficiente, esclareçamos, agora, também tecnicamente, que na hipótese de sentença de pronúncia – a qual não é definitiva e sim provisória, de caráter apenas declaratório – quanto à autoria (e não em relação à materialidade do fato que deve ser provada e não ser submetida a indícios suficientes) é que o princípio “*In dubio pro reo*” é substituído pelo princípio “*In dubio pro societatis*”, excepcionalmente predominante, permanecendo, porém, válido o primeiro para a hipótese de sentença condenatória.

Igualmente, em outro esclarecimento de ordem técnica, na problemática geral da necessidade ou exigência de prova no juízo criminal para uma condenação, destaquemos que em se tratando de hipótese denominada absolvição liminar prevista no vigente CPP, em seu art. 411, ao Juiz singular, nos processos da competência do Tribunal do Júri, somente excepcionalmente poderá absolver o sumariado no caso em que exista, nos autos, prova plena de qualquer justificativa ou dirimente penal, isto é, prova que no espírito do julgador não provoque dúvida alguma a tal respeito.

Em conseqüência, a dúvida, em matéria de prova criminal, não é admissível a qualquer título pois tanto impede uma condenação como obsta a uma absolvição liminar nas hipóteses previstas na legislação processual.

al penal em vigor quando, então, aqui, a consequência será a pronúncia do denunciado.

A prova em matéria criminal repele, por si mesma, a dúvida sob todo e qualquer aspecto em que possa ser considerada, constituindo-se a dúvida a sua antítese ou negativa plena.

6. ÔNUS DA PROVA

1 – Muito polêmica tem sido a questão do ônus da prova, com teses extremadas sobre a mesma.

Em geral, na legislação processual civil determina-se que o ônus da prova incumbe o autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, enquanto a vigente legislação processual penal estabelece que a prova da alegação incumbe a quem a faz. Já o novo Projeto – que pretende substituir o atual CPP – determina que a prova da alegação incumbiria a quem ela aproveitasse. Se essa é, em síntese, a situação perante o direito positivo, também em síntese podemos afirmar que na doutrina e na jurisprudência nacional sobre o ônus da prova em matéria criminal, duas interpretações ou conclusões existem:

- a) É obrigação da acusação provar a materialidade do delito, a autoria e a culpabilidade;
- b) Cabe à defesa provar a existência de justificativa ou de dirimente penal, isto é, de causa de exclusão de crime ou de isenção de pena, de eliminação da anti-juridicidade do fato ou da culpabilidade do agente.

Não concordamos, em absoluto, com essa segunda interpretação ou conclusão que podemos deduzir da doutrina processual penal e da nossa jurisprudência criminal, pois entendemos que incumbe à acusação – geralmente, o Ministério Público – provar o fato típico objetiva e subjetivamente. Deve demonstrar a existência do fato típico, a autoria criminal e a culpabilidade do acusado, essa última como elemento subjetivo indispensável ao delito e à própria punição do agente, em suas duas formas (dolo e culpa em sentido estrito) que não admitem presunção alguma, devendo ser cabalmente provadas.

Não compete, assim, à defesa provar que o fato não é objetivamente criminoso, que é lícito, é *secundum jus* (justificativa penal) e nem que subjetivamente o seu autor não pode ser punido por ausência de culpabilidade, por não ter agido nem com dolo (direto ou indireto) e nem com culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia). Ao contrário, a acusação é que terá de provar ser o fato totalmente criminoso, em todos os seus elementos, isto é, que é um fato típico, antijurídico e culpável, e o acusado o seu autor, além da materialidade do fato. A não ser assim haverá, em nossa compreensão, uma subversão ou inversão dos termos do problema e da própria exigência legal em matéria de prova criminal, com uma doutrina ou jurisprudência, além disso, que não seria a melhor, a mais correta.

Não incumbe à defesa, então, provar que o fato não é antijurídico ou punível e sim tal ônus é obrigatoriamente da acusação. Basta a defesa erguer a dúvida – e não provar – sobre os fundamentos da acusação em

matéria criminal, para que a mesma seja julgada improcedente, não válida, não demonstrada, não provada.

Esse é o nosso entendimento sobre tal problemática tão importante embora reconheçamos que a tendência predominante na atual teoria processual penal (Helio Tornaghi, Frederico Marques, Heleno Fragoso) e na própria jurisprudência criminal é no sentido de uma dupla interpretação ou conclusão que citamos, determinado-se, assim, um ônus para a acusação e outro para a defesa, assim interpretando-se a primeira parte do art. 156 do vigente Código de Processo Penal (a prova de alegação incumbe a quem a faz).

Traduzindo essa diretriz predominante, anteriormente, ensinava Espínola Filho: "Assim, urge que a acusação e a defesa tenham presente que é um dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem que o juiz, de ofício, venha a fazer o que não fizeram elas. O descanso poderá trazer-lhes amargas decepções". (Pág. 361 do vol. II de "Código de Processo Penal Anotado", ed. 1942, Rio).

Mais recentemente, eis a lição de Helio Tornaghi na questão: "Portanto, o sentido do art. 156 deve ser este: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita. Essa, aliás, é a orientação do Código de Processo Civil (art. 331, I e II)". (Pág. 369 de "Insti-

tuições de Processo Penal", vol. 3, São Paulo).

Dita lição é reafirmada à pág. 310 de "Cursos de Processo Penal", vol. 1, 3 ed. 1980, São Paulo.

Especificamente, no tema, analisa ainda Helio Tornaghi: "O art. 156 do Código de Processo Penal é claro, porém menos preciso que parece à primeira vista. Se o acusador afirma que o acusado matou e este assevera que não o fez, a quem compete a prova? Se o autor assegura que o acusado agiu ilicitamente e o réu sustenta que agiu licitamente, qual dos dois deve provar? Seria errado supor que o acusador tem de provar tudo quanto alega contra o réu. Assim, por exemplo, não lhe é necessário provar a ilicitude do fato, desde que ele seja típico, isto é, adequado à descrição legal. O promotor que denuncia Tício por haver morto Caio, não precisa provar que ele o fez antijuridicamente. Ao contrário: Tício, o denunciado, é que terá de provar que o fato por ele praticado, apesar de típico, foi lícito (por exemplo, por ter agido em legítima defesa)". (Op. cit., pág. 468).

Com maior ênfase, sob interpretação mais radical, escreve Magalhães Noronha: "A prova da alegação incumbe a quem a fizer, é o princípio dominante em nosso Código. Oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público a prova do fato e da autoria; compete-lhe documentar a existência concreta do tipo ("*nullum crimen sine typo*") e de sua realização pelo acusado. Este também tem a seu cargo o *ônus probandi*. Com efeito, se ele invoca uma causa excludente da antijuridicidade (legítima defesa, p. ex.) ou da culpabilidade (v.g., erro de fato), incumbe-lhe prová-la. Não apenas

isso: a ele cabe ainda o ônus se alega não estar provada a existência do fato... Diga-se o mesmo do dolo; todavia, força é convir que, nas mais das vezes, ele é presumido; o acusado, em regra, é que se esforça por demonstrar não ter agido dolorosamente". ("Curso de Direito Processual Penal", pág. 119, ed. 1964 – várias edições posteriores -, São Paulo).

Entendemos, ao invés, que a acusação é que terá de provar a infração penal em todos os seus elementos constitutivos – isto é, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – assim como ter sido o acusado o seu autor (ou co-autor). Particularmente, na questão de justificativa ou de dirimente penal, não compete à defesa a prova plena ou cabal acerca de sua existência pois a acusação tem de demonstrar que o fato é contrário ao Direito, é ilícito como elemento ou condição para afirmar-se ou reconhecer-se a criminalidade do fato, da conduta do acusado. Quanto ao dolo, presunção alguma, a qualquer título, é juridicamente admissível, devendo ser cabalmente evidenciado pela acusação.

Ainda na questão, sob ampla consideração das diretrizes doutrinárias a respeito, esclarecem Merle e Vitu: "La doctrine est divisée sur le point de savoir qui doit supporter la charge de la preuve: incombe-t-il au prévenu ou à l'accusé, de démontrer l'attaque actuelle et imminente dont il prétend avoir été l'objet? Ou bien le ministère public, demandeur au procès, a-t-il l'obligation d'établir l'inexistence de la légitime défense? Certains auteurs professent que le prévenu ou l'accusé n'a aucune preuve à faire. Il est présumé innocent, et il appartient donc à l'accusation de démon-

trer que toutes les conditions d'existence de la responsabilité pénale, y compris les toutefois que cette obligation n'existe que dans la mesure où la personne poursuivie a invoqué l'exception tirée du fait justificatif. Il a été également soutenu dans une perspective quelque peu différente que, les juges devant suppléer d'office aux moyens de défense, l'inculpé se trouverait par là même déchargé du fardeau de la preuve des faits justificatifs". ("Traité De Droit Criminel", págs. 524 e 525, 3ª ed., Paris, 1978).

Ora, não vemos como, juridicamente, negar-se que o julgador somente poderá condenar o acusado se julgar provada a sua culpabilidade e a antijuridicidade de sua conduta pois sem a culpabilidade não há punibilidade e sem a antijuridicidade, o fato não é criminoso e cabe, portanto, à acusação ter provado, no processo, o ilícito, o injusto penal em todos os seus elementos essenciais, com inequívoca certeza. Outra interpretação ou afirmativa, em sentido contrário, constitui, em nossa opinião, uma inversão lógica, jurídica, legal e tecnicamente inadmissível. A acusação tem de ser provada integralmente e à defesa basta torná-la duvidosa, insuficiente para a condenação.

Salientamos, ainda, que no tema particular da culpabilidade – como um dos três elementos ou aspectos da prova em matéria criminal que já expusemos -, a acusação não pode ficar limitada à sua possibilidade ou mesmo alta probabilidade de existência, pois terá de evidenciar, de provar a certeza de sua presença, não cabendo, assim, à defesa provar a certeza de sua não existência, demonstrar que inexistiu. Dolo ou culpa,

sob qualquer modalidade legal, não se presume; tem de ser cabalmente demonstrado pela acusação o elemento subjetivo do crime.

Por último, no tema, devemos esclarecer que o 12º Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Hamburgo, de 16 a 22 de setembro de 1979, apresentou como resolução Final de sua Secção III – “A Proteção dos Direitos do Homem no Processo Penal” -, a seguinte:

1 – “La présomption d’innocence. La présomption d’innocence est un principe fondamental de la justice pénale. Elle implique notamment que:

- a)...
- b)...
- c) nul n’aura à prouver son innocence;
- d) le doute doit toujours profiter l’accusé”.

Resolução à pág. 256 do número da “Revue de science criminelle et de droit pénal comparé”, referente a janeiro-março de 1980, ed. Sirey, Paris.

Insofismável, portanto, que no processo penal, perante a Justiça Criminal, o acusado não tem a obrigação legal ou jurídica de provar coisa alguma. De provar a sua própria inocência, sendo suficiente erguer a dúvida sobre a acusação para ser beneficiado. O ônus da prova compete, assim, exclusivamente, à acusação em todos os termos ou fundamentos em que foi intentada.

Acima de qualquer consideração, a vigente Constituição de 05/10/1988 consagrou o princípio da “presunção de inocência” (já reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948) – e não da “presunção de culpabilidade”- no inc.LVII do art. 5º.

OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA

Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos,

Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco, Faculdade de Direito de Olinda e Universidade Federal de Pernambuco.

Com a sofisticação dos aparelhos eletrônicos (incluindo-se os computadores), os jogos virtuais vêm-se tomando cada vez mais fascinantes, coloridos e reais, atraindo conseqüentemente a atenção das pessoas, em especial, das crianças e adolescentes, que são os que mais se deixam influenciar pela ficção. Muitos, de certa forma, tendem a trazer para o mundo real o que “viveram” durante uma “partida”. Sofrem, com isso, uma iniciação precoce no mundo adulto, muitas vezes representado por lutas, combates, vinganças e desafios de vida ou de morte. É a chamada “tecnologia radical”.

O **Carmageddon**, por exemplo, que foi distribuído no Brasil pela Brasoft, tem como tema uma absurda corrida de automóveis. O vencedor não é aquele que simplesmente chega primeiro – o que importa são “os estragos e o amontoado de vísceras que se deixa pelo caminho”, explica o manual de instruções. Quem atropela duas pessoas de uma vez, por exemplo, ganha

bônus. Bater em carros e esmagar pedestres dá direito a jogar por mais tempo, além de render crédito ao participante.

Apesar da violência, tal jogo virtual chegou a ocupar o quarto lugar na lista dos mais vendidos no Brasil. Foi proibido pelo Ministério da Justiça em novembro de 1998 por ser considerado nocivo e capaz de induzir a comportamento prejudicial ou perigoso à saúde e à segurança do consumidor. Em 1999, apenas quatro das vinte mil cópias vendidas no Brasil foram trocadas por outros produtos nas respectivas lojas, conforme sugestão do Ministério da Justiça. E nova Portaria foi baixada, dessa vez com maior rigor, a 22 de dezembro, ampliando o elenco dos jogos proibidos de comercialização. Daí se indagar: até que ponto a condição psicológica do adolescente praticante do jogo virtual violento pode potencializar a prática de crimes?

Para se chegar à real constatação de que tais jogos virtuais violentos acarretam um comportamento agressivo nos jovens, faz-se necessário todo um estudo experimental com uma metodologia bastante diversificada.

É evidente a facilidade de acesso a esses jogos, até pelos preços baixos cobrados em casas de diversão. As fichas de acesso são encontradas a preços que variam entre R\$ 0,10 (dez centavos) e R\$ 3,00 (três reais). Todavia, há outros somente disponíveis para adolescentes de médio ou alto poder aquisitivo, cujos cartuchos atingem em média o valor de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), como os instalados em pró-

gramas de computador, ou por via da Internet, além dos videogames.

Acontecimentos recentes, relacionados ao tema, como o massacre no Colorado, levou o atual presidente norte-americano a encomendar ao Departamento de Justiça e à Comissão Federal de Comércio, no início de junho de 1999, um estudo para averiguar se filmes e videogames não estariam usando a violência como marketing para atrair adolescentes. No Brasil, em 1999, um estudante do Curso de Medicina, dentro de um cinema de Shopping, em São Paulo, matou três pessoas e feriu mais cinco com rajadas de submetralhadora, transportando o virtual que vivenciava nos jogos eletrônicos para o real, tendo como " pano de fundo", o filme Clube da Luta, o qual, também em Auburn, Estados Unidos da América, resultou em sessão de pancadarias por dezenas de adolescentes, imediatamente após a sessão.

Estudos mostram que jogos "sádicos" estimulam a crueldade e o egoísmo e viciam, mas é necessário investigar até que ponto os jogos eletrônicos induzem à formação do espírito competitivo do adolescente e, em caso afirmativo, como a agressividade desse poderia ser fator preponderante ou determinante da criminalidade; até que ponto a boa formação do caráter do adolescente pode influenciar no domínio de sua agressividade ou tendência para a prática criminal, eventualmente decorrente da utilização dos jogos eletrônicos; até que ponto o prazer de ganhar pode aniquilar o respeito à dignidade, à integridade física, à vida, à honra ou a qualquer outro bem de outra pessoa e verificar até

que ponto a condição psicológica do adolescente influencia o surgimento da agressividade, no decorrer da prática dos jogos eletrônicos.

Ultimamente, tem surgido uma enormidade de matérias e críticas a respeito dos jogos virtuais violentos, ao argumento de que eles influenciam a personalidade das pessoas, tornando-as violentas.

Está chamando a atenção, portanto, o aparecimento de algo que poderíamos chamar, à falta de conceituação melhor, de "cultivo à violência", sobretudo entre jovens. Sem dúvida é preciso concluir que esse fenômeno está pouco elucidado e reclama investigação científica a fim de que se colham subsídios para um melhor controle da criminalidade juvenil. O problema incide especificamente em buscar resposta para a pergunta: a violência propagada em escala industrial, por filmes, programas de TV e jogos eletrônicos é capaz de influenciar o comportamento do público jovem, que expressa suas referências em atitudes excessivamente brutais? Suspeita-se que os jogos virtuais violentos exercem importante papel no aumento da criminalidade juvenil, em razão de que eles aguçam o "espírito competitivo" em um período de crise (modificação) da personalidade dos indivíduos.

As reações orgânicas de um indivíduo durante uma partida são analisadas pelo Infógrafo Valdemar Seltzer, que estuda os efeitos da informática no comportamento: "são como uma máquina contra outra máquina, estimulam os reflexos mas adormecem a consciência".

Em variadas versões, cada jogo possui a sua história de terror, a exemplo de Postal, "Papai Noel As-

sassino"; um *serial killer* disfarçado de carteiro é o seu personagem central. A graça é matar um maior número de cidadãos em diferentes ambientes de uma cidade - supermercados, ruas, lojas. Para dar mais ação à trama, foi criado o Santa Patch, um programa que transforma o *serial killer* em Papai Noel.

O "**Mortal Kombat**" letal é um game de luta, disputada com braços, pernas e poderes mágicos. O combate só termina com a morte, sempre violenta, de um dos personagens. A pancadaria inclui golpes particularmente cruéis, geralmente aplicados quando o adversário já foi subjugado. "**Doom**" é o jogo em três dimensões mais famoso, ele dá ao jogador a sensação de estar no meio da ação. Os inimigos são monstros, demônios e mortos-vivos numa nave espacial. O arsenal é variado, mas o jogador tem a opção de usar só a serra elétrica, que produz mais sangue, é o que revelam os respectivos manuais.

Certamente, esses e outros jogos influenciaram as pesquisas de Seltzer; diz ele: "durante o jogo o inconsciente e as emoções predominam. A vontade, portanto, é inibida. A excitação provocada pelo game faz com que o jogador não precise tomar um, a decisão para continuar jogando. A distância constante da tela não exige muito do cristalino (a lente do olho que faz o foco). A pupila também pouco se altera, devido à quantidade de luz estável. Como o objeto é fixo, os músculos que movem os olhos também são pouco solicitados. O som, geralmente repetitivo, funciona apenas como reforço para a atividade visual. Essa pobreza de estímulos audiovisuais requer pouco esses sentidos. A

atividade vascular é diretamente influenciada. Quanto maior o grau de violência, mais sobe a pressão arterial. Os movimentos de braços e mãos sempre são os mesmos. Requerem pouco esforço e apenas reflexos. A repetição pode causar doença como a tendinite”.

Os Estados Unidos da América dedicaram trinta anos de pesquisa sobre os efeitos da brutalidade na televisão, essa irmã mais velha do videogame e as pesquisas trouxeram as seguintes conclusões: a TV estimula comportamentos agressivos em crianças predispostas ou criadas em ambientes hostis e induz à imitação, influenciando a construção dos valores. As teses, que são antigas, estão nas 2000 páginas do Relatório Anual do Ministério da Saúde, de 1972.

Conclui-se que a brutalidade na TV tende a conservar a imagem de um mundo perverso e perigoso, diz o pesquisador George Gerbner, professor de telecomunicações da Universidade de Temple, na Filadélfia, um dos autores do relatório de 1972. Ele chama esse fenômeno de “síndrome do mundo mau”; “ela acontece independentemente de o telespectador acreditar ou não no que está vendo ou de achar que sabe distinguir ficção da realidade”.

A psicóloga Maria Isabel Leme de Mattos, da Universidade de São Paulo, informa que “crianças que se escondem do mundo real têm mais chances de serem tragadas pelo virtual, no qual a violência é um passatempo dissociado das consequências morais”, corroborando opinião da psicóloga americana Jeanne Funk, professora da Universidade de Toledo, no Estado de Ohio.

Sissela Bok, professora de Filosofia da Universidade Harvard, ressalta no recém-lançado livro de sua autoria: *Mayhem: Violence as Public Entertainment*. (Brutalidade: a Violência como entretenimento público) um fato curioso: “Quem foi que o matou?” essa foi a reação de uma menina de quatro anos ao saber da morte, por doença, de uma amigo da família. Perplexo, o pai perguntou de onde ela havia tirado a idéia de que o conhecido fora assassinado. Surpresa, a garota respondeu com outra pergunta: mas não é assim que a gente morre?”. Essa história ilustra o impacto causado pelas imagens eletrônicas na formação de uma criança. No mundo virtual da TV a que ela estava acostumada, essa era a mais natural, senão a única forma de morrer.

A maioria dos estudos mostra que as crianças são influenciadas pela exposição à violência na tela e os hábitos adquiridos na infância são a base do comportamento adulto, diz Sissela, que é uma das maiores estudiosas do tema no país. Para ela, um dos efeitos mais dramáticos dessa influência é a dessensibilização, isto é, a indiferença ao sofrimento alheio. A naturalidade com que a menina aceita a morte por assassinato é um exemplo da vulgarização da barbárie.

A Ciência, evidentemente, ainda não concluiu qual o papel exato dos games na decisão dos assassinos em executar colegas.

“Nossos filhos estão aprendendo a matar e a gostar disso”, diz o tenente-coronel reformado David Groisman, ex-professor de psicologia da Academia Militar de Arkansas, nos Estados Unidos. Para ele, videogames como o *Doom* incitam à brutalidade. Usa-

dos repetidas vezes, condicionam o jovem a atirar instintivamente.

Há vinte anos, simuladores parecidos com esses games eletrônicos foram usados para treinar militares e policiais. Segundo Groisman, foi com essas técnicas de condicionamento que as Forças Armadas fizeram subir o índice de tiros contra alvos humanos, desde a Segunda Guerra Mundial.

Pinatel, no estudo da delinquência juvenil, enfatiza a política de prevenção social, acentuando a necessidade de um programa cientificamente elaborado e administrativamente coordenado.

A tecnologia, portanto, aterrou o abismo que separava a fantasia da realidade. Transposta para o computador, a violência ganhou matizes de realismo sádico.

Os fabricantes não param de sofisticar o grau de crueldade dos jogos eletrônicos. A agressividade, a passividade e o vício são alguns dos seus efeitos mais perniciosos.

Os viciados em games chegam a jogar sem parar 24 horas por dia e há casos de abstinência da mesma forma que os dependentes de álcool e outros entorpecentes.

A indústria de videogames nos Estados Unidos já é a segunda maior no setor de entretenimento, atrás apenas da televisão e à frente do cinema: faturou 6,6 bilhões de dólares em 1998, com 181 milhões de unidades vendidas. No Brasil, em 1999, foram vendidos 3,5 milhões de jogos eletrônicos. Por outro lado, quem quiser aprender a criar games na prática, em Redmond, Estados Unidos da América, ao lado da Nintendo, en-

contramos a DIGIPEN, que é a Universidade que forma profissionais da área, após um curso de quatro anos. São inegáveis os benefícios que a Informática nos proporciona, mas quando se trata de entretenimento, nelas em grande parte a violência encontra-se presente.

No que nos cabe opinar sobre os jogos virtuais violentos como os vilões da história, responsabilizando-os por toda essa onda de violência que assola nossa juventude, seria precipitado. Cabe a nós entender sim, que eles podem até ser um índice medidor da criminalidade juvenil, mas nunca o seu fator determinante.

A nossa proposta é, portanto, a autocensura e a proibição da veiculação, desse tipo de jogo, em larga escala. O Ministério da Justiça já vem trabalhando nesse sentido.

De certa forma, todos nós somos influenciáveis, em maior ou menor grau. Isso explica o domínio que os tiranos exerceram sobre alguns povos no decorrer da história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) SOCIOLOGIA

1. AUBERT, Vilhelm. *Sociologia Del Derecho*. [s.l.]: Editorial Tiempo Nuevo, 1978
2. ARON, Raymond. *Main Currents in Sociological*. Trad. Richard Howard, Helen Weaver. New York; London: Basic Books, 1965. v. II.

3. ARRUDA, Jr, Edmundo Lima. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa* (Ensaio sobre o Direito humano. Sociedade de Classes) São Paulo: Acadêmica. 1993.
4. AZEVEDO, Thaus de, A.L. Publicações da Universidade da Bahia - Imprensa Vitória II. 16 - 1959 - Brasil.
5. GURVITCH, Georges. *Sociología del Derecho*. Traducción y Prologo de Angelo Ranera Vene Editori- al Rosario. Argentina: [s.n.],1945.
6. _____. Problèmes de Sociologie du Droit. In: TRAITÉ DE SOCIOLOGIA. Paris: Presses Universitaires de France, 1960. Tomo II.
7. GIDDENS, Anthony, Durkheim. London: Collins, 1978. 125p. Ass. Sociólogos Franceses.
8. MESSNER, Johannes. *Ética Social*. São Paulo: Quadrante, s.d.
9. MIRANDA ROSA, F. de. *Sociologia do Direito: O Fenômeno Jurídico como Fato Social*. Rio de Janeiro: Zshar, 1970.
10. SALDANHA, Nelson N. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970.
11. SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. Cambio y Derecho, una Investigacion y Encuesta Básica. In: -

- Sociologia y Psicología Jurídicas* - Anuário. Barcelona: [s.n.], 1975.
12. _____. *Introdução ao estudo do Direito como Ciência Social*. Rio de Janeiro: Universidade de Brasília, 1971.
 13. _____. *Da Irrealidade Jurídica definitiva do Direito Natural*. Recife: [s.n.], 1958. Tomo I (A Realidade do Direito).
 14. _____. *A Explicação Sociológica - Uma Introdução à Sociologia*. São Paulo: E.P.U., 1985.
 15. _____. *Teoria Sociológica Geral*. Porto Alegre: Globo, 1974.
 16. _____. *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*. Porto Alegre: Fabris, 1978.
 17. _____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: LCT/EDUSP, 1978.
 18. _____. *Ciência e Ética no Direito: Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: Fabris. 1992.
 19. _____. *Tempo do Direito Alternativo: Uma Visão Substantiva*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997

b) CRIMINOLOGIA

1. ALBERGARIA, Jason Soares. *Criminologia* (Teórica e Prática). Rio de Janeiro: AIDE, 1988.
2. ALBERGARIA FILHO, Jason. *Os Direitos do Adolescente e Tratamento Sócio-Educativo*. São Paulo: RT, 1992.
3. ALVES, Roque de Brito. *Aspectos da Criminalidade Feminina*. Recife: Tipografia Papelaria Liceu, 1977.
4. _____. *Crime e Loucura*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, FASA, 1998.
5. ANIYMAR DE CASTRO, Lola. *Victimologia*. [s.l.]: Universidad del Zulia Venezuela, 1969.
6. ARAÚJO Jr., João Marcelo. *Os Grandes Movimentos da Política Criminal do Nosso Tempo - Aspectos* apud SISTEMA PENAL PARA O TERCEIRO MILÊNIO. (Atos do Colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Revan, 1991.
7. ANCEL, Marc. *Pour une étude systematique des problemes de politique criminelle*. ARQUIVES DE POLITIQUE CRIMINELLE. Paris - Ed. Pedone. 1975.
8. ASUA, Luís Jiménes de. *La Ley Y Delito*. Buenos Aires: [s.n.], 1954.
9. _____. *La Llamada Victimologia - Estudios de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: [s.n.], 1958.
10. AZEVEDO, Sebastião de. *Vamos Eliminar o Crime?* Rio de Janeiro: Edição do autor, 1995. 159p.
11. BECCARIA, Cèzare. *Dos Delitos e da Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 149 p.
12. CAMPOS, Angela Valadares Dutra de Souza. *O menor institucionalizado: Um desafio para a sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1984. 195 p.
13. CAMPOS, Arruda. *A Justiça a Serviço do Crime*. São Paulo: Saraiva, 1960. 147 p.
14. CANEGHEM, Denise van. *Agressividade e combatividade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. 195p.
15. CARAM, Dalto. *Violência na sociedade contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 1978. 250 p.
16. CARVALHO, H. Veiga de. *Manual de introdução ao estudo da criminologia*. São Paulo: Escola de Polícia de São Paulo, 1953. 256 p.
17. _____. *Manual de Introdução ao Estudo da Criminologia*. Escola de Polícia de São Paulo: São Paulo, 1953, 256 p.

18. CARVALHO, Paulo Ladeira de. *Vitimologia em Debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
19. COSTA, Álvaro. *Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 1. t. 1.
20. CARAM, Dalto. *Violência na Sociedade Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 1978. 250 p.
21. CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA. *Relatórios dos Grupos de Trabalho de Juristas e Cientistas Sociais*. Brasília: Ministério da Justiça, 1980. v.1
22. D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Direito Criminal na Atualidade*. São Paulo: Atlas, 1999.
23. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995 227 p.
24. KAUFMANN, Hilde. *Criminologia: Ejecución Pene y Terapia Social*. Buenos Aires: Ediciones Bepalma, 1979.
25. MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenka, 1991. v. I. Esboço Histórico da Evolução do Direito Natural.
26. MAIO, Salvador de. *O Poder da Mulher e a Delinquência: Ensaio de Sociologia Criminal de Prevenção contra o Crime*. Joinville: Edição do autor, 1987. 195p.

OUVIDORIA JUDICIÁRIA* – MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE

Zéila Maria Lucena de Mendonça
Coordenadora de Planejamento e Organização do Tribunal
de Justiça de Pernambuco

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - PROGRAMA OUVIDORIA JUDICIÁRIA. 3 - FUNCIONAMENTO DA OUVIDORIA JUDICIÁRIA. 4 - RESULTADOS DA OUVIDORIA JUDICIÁRIA. 4.1 - Estatística por Modo de Atendimento. 4.2 - Estatística por Natureza do Assunto. 4.3 - Estatística por Encaminhamento aos Órgãos. 4.4 - Estatística por Tipo de Interessado. 4.5 - Estatística por Grau de Escolaridade. 4.6 - Estatística por Sexo do Interessado. 5 - CONCLUSÕES. 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A Humanidade experimenta nos dias atuais um período de mudanças sem precedentes em sua história, especialmente pelo fim do sectarismo ideológico, pela explosão tecnológica, pela globalização da economia e pela revolução da informação.

É um momento de transição. Um momento de síntese daqueles que permitem uma mudança de patamar,

* Trabalho apresentado na II Mostra da Qualidade do Judiciário, Belo Horizonte – MG, agosto/2000.

uma transformação de grande amplitude e profundidade, exigindo dos indivíduos e das organizações um extraordinário esforço de adaptação e reformulação de conceitos, formas inteiramente novas de agir.

Neste mundo globalizado do limiar do Terceiro Milênio, o crescente aumento de significativos movimentos sociais – o dos direitos civis, o pacifista, o ambientalista, a revolução na informática, a luta por justiça social e econômica, etc. – tem exigido das organizações públicas e privadas um reposicionamento de suas ações. Hoje já se cobra do serviço público, com ênfase, um funcionamento eficiente e eficaz e, ainda que relutantemente, as áreas públicas começam a adotar abordagens atualizadas para adaptação às exigências do gerenciamento dos novos tempos.

Ciente dessa demanda da sociedade moderna por instituições mais ágeis e eficazes, funcionando com transparência e visibilidade, o Poder Judiciário de Pernambuco ousou implantar instrumentos modernos de gestão administrativa, na busca de soluções capazes de promover as mudanças necessárias. Assim, no início do biênio 1998-2000, foi instalado um Processo de Planejamento Estratégico, visando a traçar os caminhos a serem trilhados, os objetivos e metas a serem conquistados e os resultados esperados, de modo a garantir uma melhoria contínua da prestação de serviços à sociedade.

Dentro de uma perspectiva de que a participação coletiva – geradora de comprometimento individual e grupal – potencializa o aperfeiçoamento do processo e facilita a implantação das mudanças indicadas, a elaboração do Plano de Gestão do Poder Judiciário para o

biênio 1998-2000 foi realizada por todo o Grupo Executivo do Tribunal de Justiça.

Esse grupo, subsidiado por idéias e sugestões colhidas com juízes da Capital e do Interior e com representantes da Rede de Organizações Não-Governamentais – ONG's, estabeleceu um diagnóstico estratégico do Poder, analisando pontos fortes/fraquezas (ambiente interno) e as ameaças /oportunidades (ambiente externo), definiu sua missão e visão de um conjunto de objetivos, metas, ações, atividades e projetos destinados a conduzir o Judiciário de Pernambuco a uma nova era. Como etapa final do processo de elaboração, o Plano de Gestão foi apresentado ao Tribunal Pleno e validado por todos os desembargadores.

Um dos objetivos estabelecidos no Plano de Gestão foi a “**Abertura para a Sociedade**”, visando “interagir intensamente com a sociedade organizada, através de seus representantes, garantindo a transparência das ações do Judiciário e a participação dos diversos segmentos da sociedade”. Buscava-se, dessa forma, possibilitar, ao mesmo tempo, a participação dos cidadãos – enquanto sujeitos ativos em exercer os seus direitos -, e a moralização do exercício da função pública – através de uma ação integrada que permitisse evitar o agravamento de problemas, retificar os desvios e as distorções próprias do sistema judiciário e, conseqüentemente, melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

Para atingimento desse objetivo, definiu-se como uma das metas o desenvolvimento de mecanismos de aproximação com a sociedade, a qual foi desdobrada

em ações, sendo uma delas o **Programa Ouvidoria Judiciária**.

2. PROGRAMA OUVIDORIA JUDICIÁRIA

A idéia da criação de uma Ouvidoria já vinha sendo discutida há algum tempo por um grupo de magistrados que, preocupados com a melhoria contínua do Poder – inclusive com a mudança da sua imagem institucional –, e tendo o instituto do *ombudsman* como modelo referencial, buscavam alternativas de solução para instituir um órgão de representação do cidadão junto ao Judiciário, estabelecendo uma relação direta com a sociedade.

Nesse contexto, a proposição apresentada pela Rede de Organizações Não-Governamentais para implantação de uma Ouvidoria “*fora dos padrões tradicionais, que criasse formas de ouvir as pessoas e de levar a elas as informações do que acontece no Judiciário*”, encontrou terreno fértil.

Foi dado, então, início ao desenvolvimento de um projeto, de modo a viabilizar a criação e implantação de uma Ouvidoria no Poder Judiciário de Pernambuco.

O primeiro passo foi a verificação de referenciais e experiências externas. Não sendo identificada no âmbito do Poder Judiciário do país nenhuma Ouvidoria em funcionamento, como estrutura formal – em alguns Estados havia a existência de um juiz com a função de receber as reclamações e solicitações dos cidadãos – foram efetuadas visitas à Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo e à Ouvidoria Geral do Estado do Paraná, órgãos do Poder Executivo.

Com base nas observações realizadas e considerando-se as peculiaridades locais – inclusive o resultado de uma Pesquisa de Opinião Pública realizada sobre o Poder Judiciário de Pernambuco –, desenvolveu-se o projeto da Ouvidoria Judiciária, determinando-se os seus objetivos, sua competência, suas atribuições, seu funcionamento, manual de rotinas e procedimentos, e os recursos – humanos, físicos e financeiros – necessários para sua implantação. Foi também desenvolvido um *software* específico para atender às necessidades dos seus serviços.

Aprovado o Projeto por Resolução do Tribunal Pleno e criado, por Lei, um cargo comissionado para a Ouvidoria Judiciária, foi efetivada a sua implantação em 02/fev/99, exatamente um ano após o início do processo de planejamento estratégico do Poder Judiciário de Pernambuco, constituindo-se num marco, não apenas pelo pioneirismo mas, principalmente, por ter possibilitado o começo do processo de abertura do Judiciário de Pernambuco para a sociedade.

3. FUNCIONAMENTO DA OUVIDORIA JUDICIÁRIA

A estrutura de funcionamento da Ouvidoria foi determinada a partir da necessidade de criação de um órgão de representação do cidadão junto ao Poder Judiciário, estabelecendo-se canais de comunicação diretos entre a sociedade e o Ouvidor, de modo a:

- ampliar a capacidade da população de participar na fiscalização e na avaliação das ações do Poder;
- melhorar a condição interna de antecipar-se ao surgimento e ao agravamento de problemas de funcionamento do sistema judiciário;
- possibilitar a correção de desvios e distorções existentes no sistema;
- informar ao cidadão e à população em geral os resultados das medidas tomadas, garantindo transparência nas ações do Judiciário e o fortalecimento da imagem institucional; e
- promover um processo educativo que possibilite ao cidadão o conhecimento básico de seus direitos e deveres.

Para tal, foi definida como atribuição básica da Ouvidoria Judiciária a atuação na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos contra atos e omissões ilegais ou injustos cometidos no âmbito do Poder Judiciário estadual, cabendo-lhe para isso:

- receber as reclamações ou denúncias que lhe forem dirigidas e encaminhá-las aos órgãos reclamados e ao Presidente do Tribunal ou ao Corregedor Geral da Justiça, quando cabível a instauração de sindicâncias, inquéritos administrativos e auditorias;

- garantir a todos quanto procurarem a Ouvidoria Judiciária o retorno das providências adotadas a partir de sua intervenção e os resultados alcançados;
- garantir a todos os demandantes um caráter de discricção e de fidedignidade ao que lhe for transmitido;
- sugerir medidas de aprimoramento da prestação dos serviços jurisdicionais, com base nas reclamações, denúncias e sugestões recebidas, visando a garantir que os problemas detectados não se tornem objeto de repetições contínuas;
- criar um processo permanente de divulgação do serviço da Ouvidoria junto ao público, para conhecimento, utilização continuada e ciência dos resultados alcançados; e
- promover a realização de pesquisas, seminários e cursos sobre assuntos relativos ao exercício dos direitos e deveres do cidadão.

Ressalta-se a preocupação na definição das atribuições da Ouvidoria Judiciária, de modo a não criar conflito de competência com a Corregedoria Geral da Justiça, a quem cabe a orientação e fiscalização dos serviços jurisdicionais. A Ouvidoria é apenas um canal para acesso da sociedade ao Judiciário e para retorno a essa dos resultados de suas solicitações, não apurando e nem emitindo juízo de valor sobre nenhum assunto.

A Ouvidoria Judiciária funciona com uma estrutura voltada para o atendimento externo, destinada a atender à recepção e ao acolhimento de todo e qualquer cidadão que a procure, tendo como estrutura básica de pessoal:

- o Ouvidor Judiciário – Desembargador designado pelo Presidente do Tribunal de Justiça;
- 01(um) Assistente Judiciário – cargo comissionado ocupado por Bacharel em Direito;
- 02(dois) Atendentes Judiciários – servidores efetivos lotados na Ouvidoria;
- 02(dois) Teletendentes – serviço terceirizado; e
- 01(um) Auxiliar de Serviços.

A Ouvidoria está instalada junto ao Gabinete do Desembargador-Ouvidor, dispondo dos seguintes recursos:

- área para recepção ao público;
- área para atendimento personalizado;
- área para teletendimento;
- 02 (dois) microcomputadores com acesso à INTERNET;
- home-page e e-mail; e
- linha 0800 e fone/fax.

Para que seja prestado o melhor atendimento possível ao cidadão, foi determinado a todas as unidades organizacionais da estrutura do Tribunal de Justiça e dos demais órgãos do Poder Judiciário a prestação de apoio e assessoramento às atividades da Ouvidoria, sempre que necessário.

4. RESULTADOS DA OUVIDORIA JUDICIÁRIA

Período: 02/02/99 a 15/04/00

No período considerado, a Ouvidoria Judiciária efetuou 2.968 (dois mil novecentos e sessenta e oito) atendimentos registrados, através de caixas de coleta, telefone 0800, fax, e-mail, carta e pessoalmente.

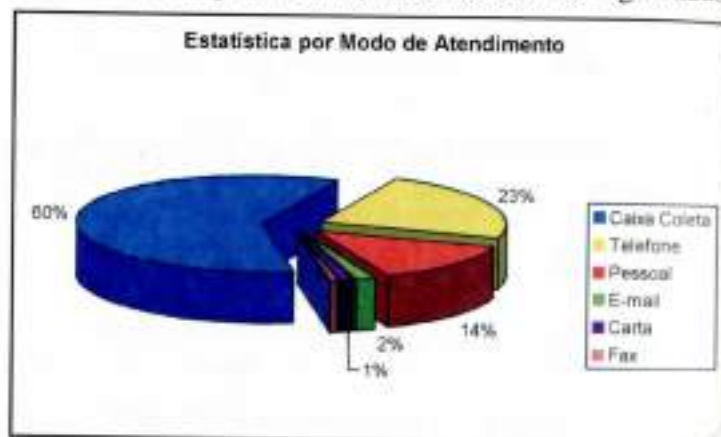
Os resultados estatísticos obtidos nesse período são explicitados em seguida.

4.1 Estatística por Modo de Atendimento

Importante observar que:

- o meio mais utilizado para acesso à Ouvidoria são as Caixas de Coleta distribuídas nos principais prédios do Judiciário – 1.764 (hum mil setecentos e sessenta e quatro) atendimentos;
- o registro de 685 (seiscentos e oitenta e cinco) ligações telefônicas não corresponde ao total de ligações recebidas, de vez que somente são registradas aquelas que não são resolvidas em pronto-atendimento. A média diária de ligações telefônicas é de 10 (dez) ligações/dia, sendo efetuado o registro de apenas 5 (cinco), num total não registrado de 1.540 (hum mil quinhentos e quarenta).
- Pessoalmente foram registrados 409 (quatrocentos e

nove) atendimentos. Também para esses só é feito o registro dos que não se constituem em pronto-atendimento. Diariamente são recebidas, em média, 12 (doze) pessoas, sendo efetuado o registro de apenas 05 (cinco), o que representa uma média de 2.156 (dois mil cento e cinquenta e seis) atendimentos não registrados.



4.2 Estatística por Natureza do Assunto



Em números absolutos têm-se os seguintes resultados:

- pedidos de agilização processual – 1.140 (hum mil cento e quarenta);
- reclamações – 971 (novecentos e setenta e um);
- sugestões – 520 (quinhentos e vinte);
- elogios – 237 (duzentos e trinta e sete);
- denúncias – 93 (noventa e três); e
- dúvidas 07 (sete).

4.3 Estatística por Encaminhamento aos Órgãos

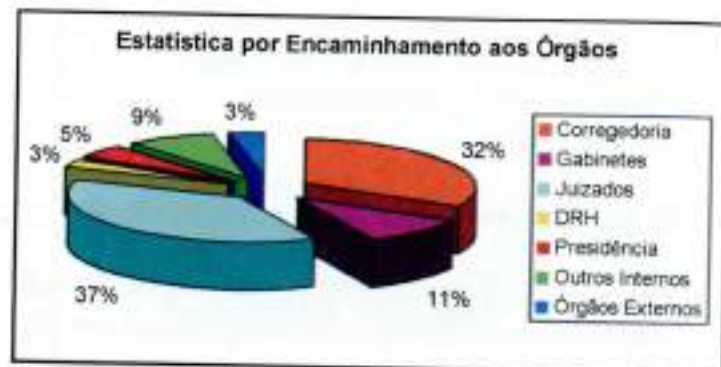
O maior número de solicitações encaminhadas pela Ouvidoria diz respeito a ações de competência dos Juizados Especiais – 1.074 (hum mil e setenta e quatro) atendimentos e das Varas de todo o Estado, num total de 922 (novecentos e vinte e dois), encaminhados para a Coordenadoria de Juizados Especiais e a Corregedoria Geral da Justiça, respectivamente.

Em ordem decrescente, seguem-se: os Gabinetes dos Desembargadores – 302 (trezentos e dois); o Gabinete da Presidência – 141 (cento e quarenta e um), como órgão centralizador de situações mais graves; a Diretoria de Recursos Humanos – 87 (oitenta e sete); a Administração do Fórum Paula Baptista – 60 (sessenta); e a Diretoria do Foro da Capital – 40 (quarenta).

Dos 342 (trezentos e quarenta e dois) restantes, 245 (duzentos e quarenta e cinco) são relativos a ou-

tros órgãos internos e 97 (noventa e sete) a órgãos externos ao Poder Judiciário.

Os atendimentos referentes a órgãos externos ao Poder Judiciário resumem-se ao encaminhamento das solicitações à instituição competente, a título de colaboração.

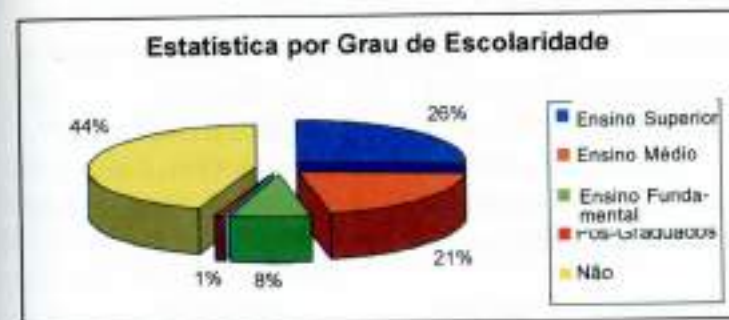


4.4 Estatística por Tipo de Interessado



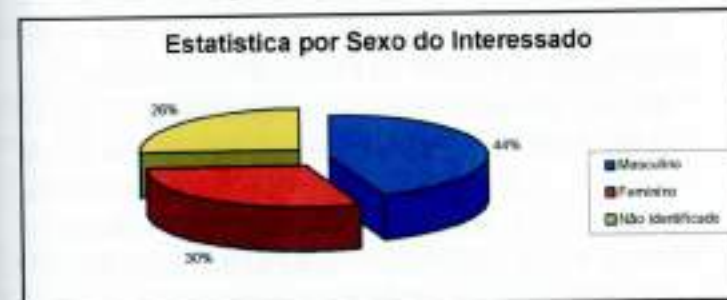
Apenas 22% - equivalente a 645 (seiscentos e quarenta e cinco) pessoas que procuraram a Ouvidoria nesse período – dos interessados preferiram não se identificar. Nesses casos, não há possibilidade de retorno pela Ouvidoria dos resultados das solicitações.

4.5 Estatística por Grau de Escolaridade



Com relação a este item o maior percentual é referente a pessoas que não quiseram identificar o seu grau de escolaridade. No entanto, pela análise das solicitações recebidas, verifica-se que a maioria dos não identificados deve ser de pessoas que concluíram o Ensino Médio ou Superior.

4.6 Estatística por Sexo do Interessado



Há uma predominância do público masculino – 44%, muito embora o contingente feminino seja expressivo – 30%. Os não identificados atingem um total de 26%.

5. CONCLUSÕES

A criação da Ouvidoria Judiciária permitiu a abertura de um canal de acesso permanente e direto entre os cidadãos e o Poder Judiciário, possibilitando o atingimento do objetivo de **“Abertura para a Sociedade”**.

Além das atividades normais da Ouvidoria, têm sido desenvolvidos outros projetos sob a sua responsabilidade, tais como:

- o “Projeto Viver Legal” - que tem como objetivo maior eliminar, a partir de sua implantação efetiva, um dos graves problemas que atingem a população carente do Estado de Pernambuco, o de não poder exercer os seus direitos de cidadão por não ter existência legal – pela falta do registro de nascimento. Para isso foram estabelecidas parcerias com as Secretarias de Saúde do Estado e do Município do Recife, a Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado e o Grupo Elógica (privado), que viabilizaram a implantação em nov/99 do Projeto-Piloto contemplando duas maternidades e dois Cartórios do Registro Civil. Atualmente, com o estabelecimento de novas parcerias, já foi estendido para mais uma maternidade e um cartório. É meta do Poder Judiciário estender o “Viver Legal” até jun/01 a todas as maternidades públicas do Recife, e até fev/02 a todo o Estado; e

- em fase de implantação, o Projeto “Judiciário na Comunidade”, que tem como objetivo a realização nas comunidades, por membros do Poder Judiciário, de palestras e debates sobre temas diversos – direito de família, maternidade e paternidade responsáveis, violência contra a criança e o adolescente, tóxicos, entre outros -, buscando promover um processo de educação para a cidadania.

O retorno aos interessados da solução dada às suas solicitações, no prazo de até 20 (vinte) dias úteis, reflete o respeito ao cidadão e a transparência e ética de que se procura instituir em todas as ações do Poder Judiciário de Pernambuco.

Os resultados apresentados pela Ouvidoria Judiciária mostram que a maior parte dos atendimentos têm como alvo exatamente as áreas diretamente ligadas à prestação jurisdicional, na busca da população por maior agilidade e eficácia desses serviços. Aproximadamente 75 % dos pedidos de agilização processual têm sido atendidos e, muitas das críticas/reclamações têm se convertido em alguma forma de ação corretiva. Por sua vez, a maioria das sugestões, que não dependem de alocação de recursos, têm sido aproveitadas.

Importante ressaltar que as soluções e a implementação de inovações não são realizadas pela Ouvidoria, mas sim por cada uma das áreas envolvidas, conforme sua maior receptividade e seriedade.

Tem sido observado no dia-a-dia do funcionamento da Ouvidoria que, a ausência de outros órgãos com tal atribuição nas demais entidades públicas – inclusive

no âmbito da Justiça Federal e do Trabalho - ocasiona um fluxo permanente de pessoas em busca de orientação, até mesmo para realização de procedimentos básicos. Embora não tivesse sido definida como atribuição da Ouvidoria, tais atendimentos são prestados e têm contribuído para a satisfação dos que a procuram.

Por vezes, a Ouvidoria Judiciária transforma-se em palco do inusitado, atendendo a pessoas que a procuram com os mais variados interesses ou como repositório das suas mazelas, como por exemplo: o caso de um grupo interessado em saber das exigências e consequências legais para edição e publicação de um jornal erótico - que inclusive tentou apresentar as fotografias que seriam estampadas na primeira edição -, ou de um senhor, de mais de 80 (oitenta) anos, que por muita semanas comparecia religiosamente à Ouvidoria para falar dos seus problemas com a família que o tinha abandonado.

A experiência da Ouvidoria Judiciária tem despertado o interesse de diversos Tribunais do país, tendo sido solicitado pelos Tribunais de Justiça do Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraná, Amazonas, Santa Catarina e Distrito Federal todo o material referente a sua criação e implantação. No Estado de Pernambuco, a Ouvidoria Judiciária serviu de modelo para instalação das Ouvidorias do Tribunal de Contas e da Secretaria da Fazenda.

Observa-se assim que, apesar de se tratar de um mecanismo simples, a Ouvidoria Judiciária vem cumprindo um relevante papel por, mesmo sem ter função investigativa ou atribuições punitivas, estar sendo uti-

lizada como alternativa formal para o acesso do cidadão ao Poder Judiciário.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. "Jueces e Consatitucion" - D. Antonio Rovira Vinãs - Adjunto Primero del Defensor del Pueblo - II Congreso Anual de La Federacion Iberoamericana del Ombudsman - Quinta Session - 15/04/97 - Toledo - Espanha
2. "Administraciona de la Justicia Y Defensor del Pueblo - Dr.Francisco Orlando Peña / Defensor del Pueblo del Estado de Mérida (Venezuela) - II Congreso Anual de La Federacion Iberoamericana del Ombudsman - Quinta Session - 15/04/97 - Toledo - Espanha
3. "Administraciona de la Justicia Y Defensor del Pueblo - D. Jorge Luízs Mariano / Defensor del Pueblo del Estado de Mérida (Venezuela) - II Congreso Anual de La Federacion Iberoamericana del Ombudsman - Quinta Session - 15/04/97 - Toledo - Espanha
4. "Administracion de Justicia» - Dr. D. José Meneres Pimentel - Provedor de Justicia de Portugal - II Congreso Anual de La Federacion Iberoamericana del Ombudsman - Quinta Session - 14/04/97
5. Revista da Ouvidoria Geral do Estado do Paraná - ano I, n. 1, jan/jun/1997

6. Relatório Anual de Prestação de Contas - Ouvidoria da Polícia do Estado de S. Paulo - 1997
7. A Proteção Nacional e Internacional dos Direitos Humanos - Seminário de Brasília - Dez/94 Edição Fórum Interamericano de Direitos Humanos / FIDEH e Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de S. Paulo

PRÁTICA

**SENTENÇA CRIMINAL. DENÚNCIA
CONTRA SEIS POLICIAIS
MILITARES. TORTURA E OUTRAS
CONDUTAS DELITUOSAS.
LESÕES CORPORAIS
GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA.**

Nivaldo Mulatinho Filho
Juiz de Direito Criminal

Processo nº 001977043580-1

EMENTA: Denúncia contra seis policiais militares. Tortura e outras condutas delituosas. Os depoimentos, extrajudiciais e judicial, da vítima, que sofreu lesões corporais gravíssimas, são corroborados pelo amplo conjunto probatório dos Autos. Condenação dos dois primeiros acusados, configurando-se o crime preterintencional, nos termos do Art. 233, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Absolvição dos demais acusados. Um deles, por não haver praticado qualquer infração (Art. 386, III, do Código de Processo Penal). Os outros, em face da insuficiência de provas para o juízo condenatório.

G. G. C., L. I. DE A. L., J. B. DE M. N., A. S. DE A., E. DE S. M. e B. C. DA S., todos integrantes da Polícia Militar de Pernambuco, os dois primeiros Tenentes, o último Major e os demais soldados, devidamente qualificados nos Autos, foram denunciados por condutas típicas cometidas, no dia 08 de fevereiro de 1997, contra o adolescente M. F. DE A., que sofreu as lesões descritas na Perícia Traumatológica de fls. 34/34 verso.

Os cinco primeiros acusados estão incurso nas penas do Art. 233, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e do Art. 3º, letra “i” da Lei 4898/65 (Abuso de Autoridade), combinados c/ os Arts. 29 e 70 do Código Penal, enquanto o último é tido como autor da conduta típica descrita no Art. 230 do Estatuto referido.

Narra a Denúncia, de fls. 02/05, que os cinco primeiros acusados, no dia mencionado, um sábado de Carnaval, por volta das 16:50 horas, no estabelecimento denominado, na época, HIDRALCROMO GALVANIZAÇÃO, situado na Avenida Sul, nº 1450, bairro de São José, nesta cidade do Recife, praticaram “**tortura contra o adolescente M. F. DE A., de 15 anos, obrigando-o a entrar em meio líquido contido em um tonel, ao mesmo tempo em que agrediam-no com tapas e pontapés**” (fls.02).

De acordo com o Laudo Pericial de fls.172/182, o referido tonel continha solução de hidróxido de sódio (**soda cáustica**), provocando na vítima M. queimaduras de 2º e 3º graus, que resultaram em deformidade permanente, conforme o Exame Complementar dos

Autos, nos quadris, regiões glúteas e outras (fls.374/374 verso). Consta, ainda, na Ficha de Esclarecimento do Hospital da Restauração, a ocorrência de esofagite e lesão aguda da mucosa gástrica, em função da vítima haver bebido a solução do tanque (fls. 214).

Os policiais militares, que se encontravam numa Operação de Bloqueio, na Avenida Sul, naquele sábado, dia do famoso desfile do bloco carnavalesco “Galo da Madrugada”, dirigiram-se para as proximidades da Hidralcromo Galvanização, depois de ouvirem os disparos de revólver desferidos pelo vigilante da Empresa Veneza Parafusos e Ferramentas Distribuidora Limitada, J. M. da S., que se assustou quando ouviu o barulho das pedras lançadas pela vítima M. e dois colegas, resolvidos a tirar mangas de uma árvore das imediações.

No local, conforme a narrativa da Denúncia, a vítima M., foi “**rendido** pelos policiais denunciados e **revistado**”, enquanto seus dois colegas adolescentes conseguiam fugir.

Iniciou-se um interrogatório da vítima, que negava ter efetuado os disparos. Em dado momento, foi determinado ao adolescente M., então conduzido até a Hidralcromo, **dando continuidade ao interrogatório**, que entrasse num tonel contendo líquido, naquele estabelecimento, passando o primeiro denunciado, o Tenente G. O. C., a desferir-lhe **tapas e pontapés**, enquanto, em ação seguinte, o segundo acusado, o Tenente L. I. DE A. L., **subia** nas costas da vítima (fls.03).

O adolescente M. permaneceu no tonel ou tanque, em contato com o líquido, até ser determinada a sua

saída do recipiente, ficando “**sob a guarda dos agressores na Avenida Sul**”(fls.03).

A vítima, por volta das 17:00 horas, foi encaminhada, em face de ordem do último acusado, o Major B. C. DA S. J., à DPCA, com três membros da Guarnição, inclusive o Tenente G. G. Porém, M., que tinha recebido determinação, do mesmo Tenente G., para dizer que **havia caído no tonel**, começou a passar mal, apresentando ardor na pele, coceiras e calafrios, sendo, então, conduzido ao Hospital da Restauração. Antes, segundo a Denúncia, o Major B. havia insistido na ordem de condução da vítima para a Delegacia Especializada, embora tivesse sido questionado a respeito dos elementos necessários “**à apreensão do adolescente**”(fls.03/04).

A Peça Acusatória, em seu último tópico, destaca que o Laudo de Exame em Local de Reprodução Simulada, apresentado pela Superintendência da Polícia Federal, Seção de Criminalística (fls. 390/416), confirma a presença dos cinco primeiros denunciados no local do delito e elucida a participação de cada um deles.

Há, nos Autos, ainda, o Laudo de Exame em Local de Ocorrência, de fls.572/586, realizado no imóvel nº 1450, na Avenida Sul, local de funcionamento da oficina de cromagem de propriedade do Sr. Raimundo Camilo da Silva, a referida HIDRALCROMO, que passou a se denominar CROMOSUL, a partir do dia 10 de março de 1997 (fls.32). Foram tiradas fotografias do tanque de ferro, onde ficou a vítima M., e que, na época da Perícia, abril de 1997, encontrava-se no inte-

rior do mesmo imóvel (fls.582/583). Os peritos do Instituto de Criminalística apresentam, no Laudo, dois croquis ilustrativos do local de ocorrência (fls.584/585).

A Denúncia foi recebida no dia 29 de julho de 1997 (fls.02).

Os Interrogatórios judiciais dos seis acusados, que tiveram lugar nos dias 01 e 05 de agosto de 1997, estão às fls.518/533.

No tríduo legal, os Defensores dos acusados apresentaram Rol de Testemunhas, opondo, em preliminar, **EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA**.

As preliminares foram desprezadas, no despacho de fls.565/567, que acolheu o Parecer do Ministério Público do dia 29 de agosto de 1997 (fls.553/560).

A Defesa dos seis denunciados também suscitou, perante o Tribunal de Justiça, Conflito Positivo de Jurisdição (fls.609/613), que foi o objeto das informações de fls.615/618. A Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido (fls.665/668). Também houve Recurso Especial, não admitido (fls.728/730).

A Instrução Criminal, iniciada no dia 23 de setembro de 1997, teve a sua primeira parte com o depoimento da vítima M. F. e de mais dez (10) testemunhas arroladas na Denúncia (fls.592/598, fls.646/651 e fls.671/677).

A partir do III Volume do processo (fls.694/699 e seguintes), passaram a ser ouvidas 27 (vinte e sete) testemunhas apresentadas pela Defesa dos seis acusados, inclusive por Carta Precatória (fls.833/834).

A última Audiência da Instrução Criminal reali-

zou-se no dia 17 de dezembro de 1999 (fls.862/864).

A Promotoria de Justiça, nas suas Alegações Finais, de fls.871/880, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Denúncia, com a condenação dos acusados G. G. C., L. I. DE A. L. e B. C. DA S., nos termos da Peça Acusatória, e a Absolvição dos demais denunciados, considerando-se a insuficiência de provas da participação deles no delito.

A Assistente de Acusação, nas suas Razões, pugna pela total procedência da Denúncia, com a condenação dos seis acusados, nas sanções previstas na Exordial.

A Defesa, concordando com o Ministério Público a respeito dos soldados J. B. DE M. N., A. S. DE A. e E. DE S. M., requer, nas suas Alegações Finais, de fls.898/914, a Absolvição dos Tenentes G. G. C. e L. I. DE A. L., e do Major B. C. DA S., na forma do Art.386, VI, do CPP. Aplica “**credibilidade zero**” aos relatos de M. F. DE A., considerando-o “adolescente e **imaturro** (sic) que se viu, de repente, envolvido num caso de repercussão internacional, como figura central. Vítima de lesões e também de pressões de toda ordem” (fls.909).

É o Relatório.

Decido.

A Denúncia é PROCEDENTE, EM PARTE.

Os dois primeiros acusados, os Tenentes G. G. C. e L. I. DE A. L., conforme o amplo conjunto probatório do processo, cometeram TORTURA contra o adolescente M. F. DE A., **obrigando-o a permanecer** no interior de um tanque enferrujado e a molhar-se, por inteiro, com o líquido ali contido, além de agredi-lo

fisicamente, tudo resultando nas lesões corporais gravíssimas que estão descritas na Perícia Traumatológica de fls. 34/34 verso e mostradas nas fotografias de fls. 38/40, sendo detalhadas (deformidade permanente) no Exame Complementar de fls. 374/374 verso, configurando-se o **crime preterintencional ou preterdoloso** do Art. 233, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Impõe-se a Absolvição dos outros quatro denunciados.

Os soldados J. B. DE M. N., A. S. DE A. e E. DE S. M. por insuficiência de provas para a condenação (Art. 386, VI, do CPP). O Major B. C. DA S. por não ter cometido nenhuma infração penal (Art.386, III, do CPP).

Analisemos.

“O homem é o ÚNICO animal que provoca sofrimento aos outros com o objetivo exclusivo de provocá-lo”.

(Schopenhauer)

“Criei coragem para falar porque acho que já estou morto por dentro. Só eu e Deus sabe o que passei e continuo passando. Mesmo dentro do hospital eles não deixaram-me em paz. Não sei se haverá justiça”.

(Palavras da vítima M.F., assinaladas na Entrevista de 10 de abril de 1997, realizada na fase do Inquérito Policial, e confirmada, em Julzo, pela Psicóloga L. C. C. G., às fls.650).

A primeira citação, do famoso filósofo, vem de LUIZ FLÁVIO GOMES, no capítulo sobre a Lei de Tortura (Lei nº 9455/97) do seu livro

“Estudos de Direito Penal e Processo Penal”, onde são analisadas as diversas formas do delito e o posicionamento da **lex nova** contra a “**cultura de extermínio**”, que decorre da “**banalização da violência e do desrespeito ao ser humano**” (obra citada, Editora Revista dos Tribunais, Primeira Edição, 1999, págs. 118/120).

O Art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se aplica ao presente processo, apenas mencionava, não **descrevia** a tortura. A Lei 9455/97 procura fazer as descrições típicas da conduta criminosa, embora use expressões como “**intenso sofrimento**”, o que torna o tipo **aberto**, exigindo um complemento valorativo do Juiz.

A intensidade do sofrer depende, é claro, de cada vítima concreta, em cada caso, como escreve Luiz Flávio Gomes: “o mesmo sofrimento pode ser intenso para uma e não intenso para outra. Mas o **Direito Penal é isso mesmo: é Direito de cada caso concreto**” (op. cit, pág. 123).

Na verdade, estamos aqui, mais do que em qualquer outro tipo penal, no campo valorativo, no qual pesa a cultura de cada tempo, no qual afloram as ideologias de cada um dos operadores do Direito.

Vale uma rápida retrospectiva histórica.

Em Diadema, São Paulo, aconteceu o famoso episódio envolvendo o policial militar Otávio Lourenço Gamba, vulgo “Rambo” e outros, filmado, de um ponto estratégico, e exibido, na TV Globo, em março de 1997.

O episódio, como todos sabem, tem cenas definitivas. A violência dos policiais, diante dos olhos ocul-

tos da máquina de filmar, apresenta-se intensa, desnudada. Sem censura. E tudo levou ao que sabemos: a mudança da Competência da Justiça Militar em relação aos crimes dolosos contra a vida. O que estava parado, no campo legislativo, aconteceu, realizou-se.

Por uma singular fatalidade ou por uma sorte pouco esperada - tudo depende do ponto de vista **ético** de cada observador - o caso concreto dos Autos, o caso M., ocorreu pouco antes do episódio de São Paulo, em 08 de fevereiro de 1997, e as investigações policiais aconteceram numa época de plena repercussão e impacto das imagens de março de 1997, vistas e revistas em todo o Brasil.

A Secretaria de Segurança Pública do Estado, em Ofício de 15 de abril de 1997, solicitou ao Procurador Geral da Justiça a designação de um Promotor para acompanhar o Inquérito do caso M., justificando o seu pleito “**em razão do MOMENTO CRÍTICO vivenciado pelas polícias do país**” (fls. 248, grifo nosso).

Estava havendo uma conscientização e uma preocupação bem inéditas de todos os setores do Poder Público para a apuração da verdade real. E a Polícia Militar de Pernambuco, honrando suas tradições, não poderia querer algo diferente.

As circunstâncias todas possibilitaram, enfim, a formação do rico, do completo conjunto probatório do presente processo, que passamos a ver.

É bom começar pelo tanque de ferro, onde o adolescente M. sofreu quase todos os seus **constrangimentos, onde foi torturado**, como admito que esteja devidamente provado.

As três (03) fotografias coloridas do tanque ou tonel de ferro estão às fls. 582/583. Mostram bem as suas dimensões e o seu estado de conservação, em 11 de abril de 1997, quando os peritos do Instituto de Criminalística Professor Armando Samico o examinaram, no interior do imóvel nº 1450, da Avenida Sul, ou seja, em local diverso de onde se encontrava quando o delito ocorreu.

É um tanque, de forma quadrada, com menos de um metro de altura e dois metros de comprimento, bastante estreito (0,72 centímetros), apresentando bordas enferrujadas. Tudo graficamente expresso no **croqui ilustrativo de fls.584**.

Considero importante o detalhe da **ferrugem**, pois, no dia 08 de fevereiro de 1997, ela existia, e o tanque, pelo **seu aspecto**, mesmo que estivesse somente com água, não era um meio apropriado para qualquer espécie de uso, muito menos para alguém entrar nele, ainda que por pouco tempo. A primeira impressão que se tem, vendo-se um recipiente enferrujado, contendo líquido, é a de um objeto inadequado. Um depósito infectado ou, no mínimo, sujo.

O proprietário da CROMOSUL, Sr. R. C. da S. - na época a sua empresa já havia mudado de nome, antes era a HIDRALCROMO, talvez pela repercussão dos fatos envolvendo M. (fls.32) - informou aos peritos que na sexta-feira da semana pré-carnavalesca de 1997, um dia antes dos fatos da Denúncia, fizera a compra do tanque de ferro para operar em serviço de cromagem. O tanque "**estava sujo**" (**sic**) e foi colocado, encostado ao muro de arrimo e ao portão de ferro, nos fundos do corredor de entrada (croqui de fls.584), com uma solu-

ção de soda cáustica (uns 30 centímetros), no seu interior, para a limpeza (fls.574).

Um dos acusados, o Major B. C. DA S., em seu Interrogatório Judicial, afirma que não chegou a ver o tanque de ferro, mas dirigiu-se ao adolescente M. "**perguntando-lhe porque estava TODO MOLHADO, entretanto a vítima nada respondeu; que depois perguntou ao tenente G. sobre o ocorrido, tendo este dito que a vítima "havia CAÍDO no depósito de água"** (fls.532, grifos nossos).

A resposta do Tenente G. G. C. é bem sintomática, na minha análise. Ele estava consciente de que **obrigar** a vítima a **entrar** e a **permanecer** no depósito, seja qual fosse o líquido nele contido, mesmo água, era praticar uma ação delituosa. Logo, disse que o adolescente CAIU e, por isso, ficou todo molhado.

Sabemos que foi o próprio Tenente G. quem, depois, tomou a iniciativa de colher o líquido existente no tanque enferrujado para a perícia, "ao verificar que a vítima estava realmente doente, e com uma parte da pele enrugada, "**como se fosse papel amassado**" (fls.519).

Não é necessária a previsão do Tenente G. e dos outros acusados a respeito da natureza da substância que se encontrava no tanque de ferro. A configuração do crime **preterintencional não depende de previsão**. Ao contrário. **A ausência de previsão** é um dos elementos do crime, como lembra DAMÁSIO E. DE JESUS. É necessário que o sujeito não tenha previsto o resultado. Se o previu, não estamos no terreno da culpa, mas do dolo (salvo a culpa consciente). O resul-

tado pode ser previsível - previsibilidade objetiva (RT 599/343 e 606/337) - mas, no caso concreto, não ser previsto pelo agente. Daí falar-se que **a culpa é a imprevisão do previsível** (autor citado, in "JUSTIÇA PENAL", Críticas e Sugestões, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 514/515).

Teria a vítima M. realmente caído no tanque enferrujado?

A pergunta foi respondida negativamente pelos peritos da Seção de Criminalística da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal do Estado de Pernambuco, no Laudo de Exame em Local de Reprodução Simulada (fls.394).

O trabalho do Instituto Nacional de Criminalística é fundamentado nos depoimentos dos acusados e da vítima e os peritos reproduzem tudo no "**palco dos acontecimentos**" (fls.391), ou seja, comparam as narrativas feitas com a realidade física do local, com a colocação dos objetos. E verificam a movimentação das pessoas envolvidas em cada ponto do cenário. Podem, assim, responder, **cientificamente, aos quesitos**, ao contrário do que pensa a nobre Defesa (fls.911). No caso presente, **a posição** do tanque de ferro e suas **dimensões** foram decisivas, sem dúvida, para as conclusões do Laudo.

Vale transcrever, a seguir, para facilitar a compreensão da minha análise, a parte principal da narrativa feita pelo adolescente M. F. durante a entrevista com a Dra. Letícia Caselli, inteiramente confirmada em Juízo, prestada no dia 10 de abril de 1997, quando ele, apesar de ainda temeroso, resolveu contar TUDO. As

palavras foram reproduzidas pela Psicóloga, em manuscrito:

"O tanque era de ferro todo enferrujado de mais ou menos 50 cm de altura (pois com o adolescente sentado, diz que ficou a beira do tanque na altura de seus peitos, por isso acha que era mais ou menos 50 cm). E o comprimento, dava ele dentro com os pés um pouco levantados (quase o seu comprimento). Continha mais ou menos meio palmo de um líquido que não sabia o que era. O local estava claro e o líquido estava claro e quando ele colocou o pé dentro, agitou, ficou da cor da ferrugem. Não sentiu odor. Este tanque estava fora da firma junto ao muro e a uns 10 metros da mangueira.

"Quando estava segurando no tanque de costas para os PMs, três PMs fizeram a vistoria e um deles tinha um curativo no rosto. Este ficou pedindo a arma pra ele. Ele ficou dizendo: "Foi o vigia! Foi o vigia! Não tenho arma". O PM que estava com o curativo no rosto MANDOU QUE ELE ENTRASSE NO TANQUE e ficasse sentado para esperar. Quando sentou ficou sentindo queimar e ficou agarrado na beira do tanque com os pés levantados. Neste momento, os três PMs subiram para o mato, onde ele tinha ficado deitado, para procurar a arma. Ficaram 2 PMs com ele e o do curativo no rosto deu uma pesada na mão do adolescente que puxou a mão. O outro que estava de óculos (parece que era de grau) ficou em pé, em cima do tanque e apoiando as mãos na parede pois a mesma era baixa (agarrou na beira) BAIXOU OS DOIS PÉS na costa do

adolescente que arriou e ele saiu. O do curativo no rosto mandou ele deitar e rolar. Quando ele deitou sentiu queimar nas nádegas, testículos e costa. Falou que estava queimando e o PM do curativo mandou que ele **EMBOLASSE** na água. Ele embolou mas levantou a cabeça. Um deles (como estava deitado de costas não viu qual foi) deu uma pesada nas costas. Com isto sua cabeça baixou e molhou um pouco o rosto e engoliu um gole do líquido. Quando pegou no olho (o líquido molhou o olho) ele se levantou porque a dor foi demais. Começou a chorar dizendo que estava queimando. Neste momento, chegou um dos PMs que estava no mato procurando a arma e mandou que ele saísse do tanque e ir andando lá para a frente. O do curativo no rosto saiu atrás dele andando e dando **TAPAS** na costa do adolescente e dizia “DESCULPA AÍ”. O PM que mandou o adolescente sair do tanque disse para o colega: Não faça isso, não! Mandou que ele sentasse no chão e dizer a verdade. Ele disse que estava tirando manga. Chamaram a viatura e pegaram o nome dos genitores. Chegou um PM baixinho e perguntou o que foi aquilo no rosto do adolescente e ele respondeu que foi a água. O do curativo no rosto chegou e perguntou o que foi aquilo na boca que estava saindo sangue e ele ficou calado. Este mesmo PM mandou que ele engolisse o sangue. Este PM saiu de junto dele que ficou chorando pois as dores eram fortes(...) No hospital, o médico perguntou o que foi e ele disse que tinha **CAÍDO**, porque ficou com **MEDO** dos PMs.” (fls.73/76, grifos nossos).

A enfermeira D. B. A. DE A. foi a pessoa que recebeu a vítima M. F., conduzido por policiais militares, no dia 08 de fevereiro de 1997, na Unidade de Traumas do Hospital da Restauração, juntamente com o Dr. R. L., levando o adolescente, que se “queixava de **dores** e apresentava **tremores**”, para tomar um banho, após determinação do médico. As lesões da vítima tinham uma “**coloração esverdeada (limo)**” (fls.280). No seu depoimento extrajudicial, a enfermeira relata o momento em foi solicitado à vítima a narração dos acontecimentos. Transcrevo:

“(…) a vítima estava **ANGUSTIADA** como se estivesse com receio de falar na presença do policial, momento em que a declarante e o Dr. R. solicitaram ao referido policial que se retirasse, assim fazendo o policial; que alega a declarante que a partir daquele momento a vítima **PASSOU A CONTAR** que naquela tarde, tinha ido roubar mangas com mais dois colegas, quando ouviu o vigia bater na lata, momento em que apareceram policiais correndo atrás deles, que solicitaram ao mesmo que **ENTRASSE NUM TONEL E FICASSE LÁ SENTADO**, e que logo após ter entrado nesse tonel começou a sentir **DORES E ARDÊNCIA**, chegando naquele local um outro policial que o mandou sair do tonel; que alega a declarante que a vítima ainda contou que ficou no local onde havia uma água preta, onde, naquela ocasião, um policial colocou **UM PÉ** nas costas dele, fazendo com que ele encostasse o rosto na água preta, che-

gando a beber daquele líquido; que alega a declarante que o médico, o Dr. R., determinou o internamento da vítima na unidade de queimados, sendo tal informação passada de imediato ao policial que o acompanhava, por solicitação do mesmo”(fls.281, grifos nossos).

Assim, apesar do medo normal que tinha, M., desde os primeiros momentos em que falou livremente, não deixou de se referir ao **essencial**, quanto a ação dos seus torturadores: o **constrangimento** de entrar e ficar no tanque e as **agressões** físicas.

A idéia mais comum é que só o fogo **queima**. E, é evidente, M., ao sentir dores e ardência, não poderia estar certo de que fossem **queimaduras**. A expressão veio depois dos atendimentos médicos, o que, em nada, em nenhum ponto, retira a veracidade das suas narrativas.

Na Seção de Exames Traumatológicos do IML, para onde foi conduzido **mais de um mês depois** dos fatos da Denúncia, em 18 de março de 1997, M. pode não ter falado das agressões físicas que sofreu diretamente dos policiais militares, talvez porque as marcas das mesmas já não existissem, se chegaram a ficar. Ou, o que é mais provável, por medo. Na época do Exame Complementar, 02 de junho de 1997 (fls.374), quando a vítima, menos temerosa, já tinha prestado todos os seus depoimentos extrajudiciais, não caberia, obviamente, informações sobre outras lesões, além das causadas pela substância química.

Todos os depoimentos, os extrajudiciais e o judi-

cial, da vítima M. F. são sólidos e convincentes, sem diferenças dignas de nota, sem contradições.

A zelosa Defesa dos seis acusados procurou, nas Alegações Finais, pinçar contradições (fls.908) no depoimento judicial da vítima. Em vão. O adolescente M. afirma, em Juízo, que **“quando subiu para a pista da Avenida Sul, JÁ ESTAVA SENTINDO A PELE QUEIMADA”** (fls.596, grifos nossos). Claro. Sentia bem antes de sair do tanque enferrujado, pois começou a ter reações na pele ao ser obrigado a ficar no depósito, como disse no seu primeiro depoimento extrajudicial, no dia 10 de abril de 1997, mesma data da Entrevista com a Psicóloga L.G., data em que resolveu contar tudo: **“que alega ainda o declarante que desde a ocasião em que foi obrigado a mergulhar no referido tanque já sentia o corpo arder a ponto de chorar e dizer aos policiais o que estava sentindo e mesmo assim era obrigado a permanecer ali naquele local”** (fls.28).

Qual a contradição entre os depoimentos de fls.136 (termo de reinquirição da vítima, no Inquérito Policial) e fls.596 (depoimento judicial), assinalada pela Defesa? Nenhuma. Basta ler.

A Defesa elege trechos da Entrevista de M., já referida - que é importantíssima, sem dúvida - para afirmar, absurdamente, que a própria vítima “sequer sentiu dores ou qualquer reação ao adentrar no malsinado tanque. A substância nem cheiro exalava que a denunciasse” (fls.907). Tudo isso porque foi assinalado, na Entrevista, às fls.74, que a vítima **“não sentiu odor”**. Não é preciso nem comentar.

A Dra. L.C.C.G., no seu depoimento judicial, re-

afirma que o adolescente M., durante a Entrevista, apresentou-se “**bastante seguro em suas colocações, com boa orientação espaço-temporal, coerência e facilidade de expressão**”(fls.649).

Mas a nobre Defesa resolveu afirmar, nas suas Alegações (fls.910), que a Psicóloga, no depoimento judicial, demonstrou ter dúvida sobre a veracidade da versão que lhe foi narrada pela vítima, na entrevista profissional.

Não é verdade.

Em nenhum momento, a Dra. L. demonstrou duvidar das narrações da vítima. Vale transcrever a resposta COMPLETA da Psicóloga, que a Defesa não apresentou, pois não lhe interessava: “**que não tem condições de responder se o adolescente M. durante a entrevista, dentro do seu quadro clínico, estava fantasiando, porque nenhum Psicólogo tem condições de SABER DISSO, EM NENHUM CASO**” (fls.650).

Dizer o inverso seria agir com desonestidade intelectual.

A Dra. L., no seu depoimento judicial, onde confirmou, integralmente, os termos da Entrevista de fls.72/79, destaca a descrição que M. fez de seus dois agressores: o do curativo no rosto e o de óculos, que ficou em cima do tanque, para colocar os dois pés em suas costas (fls.649).

O primeiro, o do curativo, reconhecido depois como o Tenente G.G., era o que aplicava

tapas nas costas da vítima, dizendo : - “Desculpa aí” (fls.650).

Os Tenentes L. I. DE A. L. e G. G. C., reconhecidos pelo adolescente como seus agressores, negam qualquer ação delituosa contra a vítima, a começar pela ordem de que entrasse no tanque enferrujado. Tudo seria, enfim, fantasia, imaginação do “adolescente e imaturo”, para usar definições da Defesa.

Assinalo que, para mim, um dos momentos mais esclarecedores, mais luminosos, dos depoimentos de M. é justamente o relato, repetido, inclusive, no Termo de Reconhecimento (fls. 269), a respeito das agressões seguidas dos pedidos de desculpa.

Para inventar o episódio do “desculpa aí, desculpa aí”, seria preciso que o adolescente tivesse não somente a fantasia, a inventividade, mas sobretudo a capacidade incomum de mostrar a farsa de situação marcada pela crueldade. A capacidade de ironizar, satirizar, zombar. Algo digno de um Shakespeare.

O adolescente M. F. prestou, **de pé**, seu depoimento judicial de fls. 595/597, pois, na data, 23 de setembro de 1997, **ainda não podia sentar muito tempo**. E não houve qualquer vacilação dele no reconhecimento dos seus agressores, os Tenentes G. G. e L. I.. Ele também falou bem claro na sua impossibilidade de reconhecer um terceiro policial militar, que se posicionava perto do tanque enferrujado, entre os outros acusados que estavam na Audiência - e todos estavam presentes (fls. 596).

Ao contrário do que diz a nobre Defesa, citando o Art.564, inciso IV, do CPP (fls.910), não houve omis-

são de nenhuma formalidade essencial quando foi reconhecido, na Audiência do dia 23 de setembro, agora referida, o acusado L. I. DE A. L. Não houve nada que ferisse o Art. 226, I, do Código de Processo Penal.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial é pacífico:

“O reconhecimento pessoal obedece a normas procedimentais quando é realizado na fase do inquérito policial. O reconhecimento em Audiência não obedece à rigidez das normas processuais, vez que, na realidade, é mais um ATO CONFIRMATÓRIO do que um auto de reconhecimento” (RT 678/340 - grifo nosso).

Na Audiência de 23 de setembro, a vítima M., além de reconhecer o Tenente L. I. como seu agressor, revelou, diante do croqui ilustrativo de fls.584, a posição em que o policial militar se colocou, **“segurando no muro”**, encostado ao tanque, para ficar em cima dos seus ombros (fls.596).

Infelizmente, as fotografias do ambiente onde se encontrava o tanque, no dia da Reprodução Simulada, de fls. 397/413, não são nítidas. Mesmo assim, olhando-se a foto de fls.411, onde aparece uma pessoa no muro, logo acima do tanque, verifica-se a impossibilidade de ter caído a vítima no depósito (mesmo **“escorregando da barreira”** como disse o Tenente L. I., às fls.522), sem que fosse vista, no momento da queda, por alguém que estivesse naquele local. Evidencia-se, ainda, que caindo no tanque, da altura do muro, dificilmente uma pessoa não sofreria lesões, como bem desta-

caram os peritos do Instituto de Criminalística, respondendo a um dos quesitos formulados pelo Ministério Público (fls. 394).

Os depoimentos judiciais dos acusados G. G. C. e L. I. DE A. L. - o segundo afirmando que nem sequer se aproximou do adolescente M. durante o período de permanência dele no tanque enferrujado (fls.522) - confrontados com os depoimentos da vítima e as conclusões do Instituto de Criminalística têm, a meu ver, **credibilidade zero**, para usar uma expressão adotada pela Defesa (fls.909).

A testemunha R. DE V. P., apresentada pela Defesa dos acusados, chegou ao local dos fatos ANTES que a vítima saísse do tanque enferrujado, por determinação de um dos policiais militares - havia três ou quatro ao redor. Ele VIU o adolescente M. no momento em que era obrigado, submetido, constrangido a ficar **“mergulhado no tanque da cintura para baixo” (fls.745)**, onde permaneceu, segundo o Laudo do Instituto de Criminalística, de oito a dez minutos (fls. 393).

Assim, pelo que analisamos, considero devidamente comprovado o seguinte :

- a) o adolescente M. sofreu o constrangimento de ser obrigado a permanecer no tanque enferrujado e a molhar-se inteiramente no líquido nele contido.
- b) a vítima, em dois momentos, durante a permanência no tanque, e, logo depois, quando teve permissão para sair, foi agredida fisicamente.

Houve o **constrangimento** da vítima, ou seja, a sujeição, a anulação de sua vontade, tudo com o emprego de violência.

Houve, enfim, **tortura**.

O **sofrimento** da vítima, submetida ao estreito espaço do tanque e agredida, teve dimensão física e psíquica.

Configurou-se a **tortura**, que é, no caso concreto dos Autos, o *primum delictum*.

Configurou-se, ainda, em face das lesões corporais gravíssimas, o crime **preterdoloso** ou **preterintencional**.

É o tipo de crime em que a conduta produz um resultado **mais grave** que o pretendido pelo agente ou agentes. Ensina DAMÁSIO E. DE JESUS: “O agente quer um **minus** e seu comportamento causa um **maius**, de maneira que se conjugam o **dolo** na conduta antecedente e a **culpa** no resultado” (in “Direito Penal”, Parte Geral, 1º Volume, Ed. Saraiva, 1993, pág.264). Um misto de dolo e culpa, portanto.

É o delito do caso presente. Acredito que nenhum dos policiais militares acusados tinha conhecimento da substância química colocada no tanque enferrujado. O episódio foi uma “infelicidade”, no que diz respeito às lesões de M., segundo o Soldado A. S. DE A., no seu depoimento judicial (fls.528). Nem mesmo os agressores do adolescente, ouvindo ou não, os lamentos e os pedidos dele, ao sentir, na pele, os primeiros efeitos da soda cáustica, fizeram a previsão do que iria acontecer com a vítima, constrangida a permanecer no depósito.

A culpa do delito preterdoloso, conforme o autor acima referido, exige os mesmos elementos do crime culposo: especialmente, o **descumprimento do cuidado objetivo necessário e a ausência de previsão** (in “Justiça Penal, obra já citada, pág. 516).

Exige-se a previsibilidade objetiva que significa a possibilidade de antevisão do resultado mais grave. No caso do presente processo, o resultado era previsível (um tanque, enferrujado ou não, pode conter uma substância química corrosiva) mas não foi **previsto** pelos acusados.

NÉLSON HUNGRIA já observava que, para se saber, na lesão corporal seguida de morte, se esta é dolosa ou culposa, “**deve ter-se em conta o meio empregado**”. Assim, o delito preterdoloso é excluído quando “o meio empregado é objetivamente idôneo ou adequado para causar o resultado efetivamente produzido” (Apud Damásio E. de Jesus, “Justiça Penal”, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág.528).

As circunstâncias do fato concreto e o meio empregado tornam lícito concluir que não houve dolo, de nenhuma espécie, quanto às lesões corporais gravíssimas, sofridas pela vítima M.

O crime de tortura, tal como foi praticado, no caso presente, pelos acusados G. G. e L. I., **absorve**, como bem entendeu o Ministério Público, o delito de abuso de autoridade.

Entendeu, ainda, a Promotoria de Justiça, nas duntas Alegações Finais, onde analisou detidamente o conjunto probatório, que inexistem provas suficientes para a condenação dos três soldados, os acusados J. B., A. S. e E. de S.

O tipo do Art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente é **comissivo**, escreve HEITOR COSTA JR. (Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, pág. 712), e quanto ao delito básico, o *primum delictum*, não admite modalidade **culposa**. Os resultados agravados do crime previsto no tipo básico podem ser punidos, porém, quando causados voluntária ou culposamente, consoante a determinação do Art. 19 do Código Penal.

Não existem, de qualquer maneira, elementos probatórios capazes de configurar a responsabilidade penal dos três soldados, mesmo de forma **omissiva, no delito de tortura**.

O Major B.C. da S., que determinou o encaminhamento da vítima M. para a DPCA, não cometeu, a meu ver, nenhuma infração penal.

Concordo com a Defesa (fls.914), a DPCA existe também para a proteção das crianças e dos adolescentes, sejam os últimos **infratores ou não**.

A vítima M., naquele momento, na Avenida Sul, quando se falava, inclusive, em **tiros disparados** (seja por ele ou contra ele, não importa), estava em situação de risco, em um dia atípico (sábado de Carnaval), tenha sido detido regularmente ou não.

Diante da situação de M., relata a Assistente do Ministério Público, o Major B. C. estava **"sob o peso de todas as dúvidas"** (fls.894).

E foi justamente por isso que, **corretamente**, determinou a condução do adolescente para a Delegacia Especializada, local próprio para o encaminhamento

técnico-jurídico que deveria ter o episódio.

Pelo exposto, julgo **PROCEDENTE**, em parte, a Denúncia, para **CONDENAR**, como incursos nas penas do Art. 233, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, combinado com o Art. 29 do Código Penal, G. G. C. e L. I. DE A. L., devidamente qualificados nos Autos.

Da mesma forma, **ABSOLVO**, nos termos do Art. 386, VI, do C. de Processo Penal, J. B. DE M. N., A. S. DE A. e E. DE S. M. e também B. C. DA S., com base no Art. 386, III, do mesmo Diploma, todos qualificados nos Autos.

Passo a aplicar a pena.

Nos termos do Art. 59 do Código Penal, e tendo em vista, especialmente, a **PRIMARIEDADE** e a boa conduta social dos dois acusados, as modalidades do dolo e da culpa (estrito senso) do delito preterintencional, as circunstâncias do crime e o comportamento da vítima, fixo a **PENA-BASE**, no mínimo, ou seja, em quatro (04) anos de reclusão.

A pena fixada é a definitiva, pois inexistem circunstâncias agravantes a considerar.

As penas privativas de liberdade dos dois acusados, de quatro (04) anos de reclusão, serão cumpridas, **inicialmente**, em **REGIME FECHADO** (art. 2º, § 1º, da Lei 8072/90, dos Crimes Hediondos), no estabelecimento penal adequado conforme o Juízo das Execuções.

Haverá a **progressividade** prevista na nova Lei de Tortura, (artigo 7º, da Lei 9455/97), que não pode deixar de ser aplicada no caso presente.

A questão da extensão da progressividade, prevista

na Lei 9455/97 para os Crimes de Tortura, a todos os crimes hediondos e equiparados, ainda é uma questão não resolvida, embora os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais recentes consagrem que será restabelecida a racionalidade e a sistematização do nosso ordenamento penal.

Diz LUIZ FLÁVIO GOMES que a introdução no Sistema Penal Brasileiro do regime “integral” fechado (Lei dos Crimes Hediondos) foi um dos nossos maiores equívocos legislativos, inclusive pela sua INCONSTITUCIONALIDADE. Retirava, violando o princípio da individualização da pena, a esperança de uma progressão, que favorecia a ressocialização e o bom comportamento do sentenciado. Tudo acabou, sabemos, **“com uma avalanche de fugas e rebeliões jamais vista no sistema penitenciário brasileiro. Está correta, nesse ponto, a Lei de Tortura, ao prever a progressividade”** (op. cit., págs. 128/129).

A primariedade, a conduta social e o comportamento de ambos os acusados durante toda a Instrução Criminal permitem que os dois possam apelar, em liberdade, da Sentença (art. 2º, § 2º, da Lei 8072/90).

Sem custas.

P. R. I.

Transitada em julgado, expeçam-se os competentes Mandados de Prisão.

Recife, 22 de Junho de 2000.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 12

ÍNDICE ONOMÁSTICO

	<i>Núm.</i>	<i>Pág.</i>
ADA PELLEGRINI		
• <i>A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.</i>	12	25
ADEILDO NUNES		
• <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES.</i>	09	25
AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO		
• <i>A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.</i>	01	178
• <i>SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.</i>	04	499
ALBA MARIA PIRES BARBOSA		
• <i>A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.</i>	03	13
• <i>TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.</i>	04	15
ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA		
• <i>DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.</i>	07	17
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. REPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE</i>		
• <i>INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.</i>	09	407
ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL		
• <i>PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO.</i>	03	23

• <i>UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS.</i>	06	17
• <i>LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO.</i>	09	69
• <i>DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL.</i>	10	43
ALEXANDRE DA MAIA		
• <i>INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÊUTICA.</i>	03	43
• <i>AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO.</i>	09	39
• <i>O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS.</i>	10	25
ALEXANDRE DE MORAES		
• <i>REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO</i>	12	45
ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA		
• <i>MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.</i>	07	29
ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO		
• <i>ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR.</i>	03	63
ALVINO AUGUSTO DE SÁ		
• <i>ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADOS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</i>	11	25
ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES		
• <i>EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS.</i>	05	17
ANA LUÍSA CELINO COUTINHO		
• <i>A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA.</i>	09	99
ANA PAULA DUARTE DAMASCENO		
• <i>ARGÚCIO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</i>	12	99

ANA PAULA LIRA MELO		
• <i>O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE</i>	12	121
ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO		
• <i>QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.</i>	10	61
ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO		
• <i>A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.</i>	06	49
ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN		
• <i>REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.</i>	05	33
ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO		
• <i>SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.</i>	06	61
ANTÔNIO VIDAL DE MORAES		
• <i>SENTENÇA CÍVEL, DIREITO TRIBUTÁRIO, MANDADO DE SEGURANÇA, ISS, LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS.</i>	06	491
ARAKEN DE ASSIS		
• <i>ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.</i>	04	28
ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO		
• <i>O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.</i>	01	123
ARTUR STAMFORD		
• <i>AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN)</i>	07	43
BRASÍLIO ANTÔNIO GUERRA		
• <i>O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO</i>	11	71
BRUNO GALINDO		
• <i>PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.</i>	08	19

CAETANO LAGRASTA NETO

- *MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL.* 04 55
- *EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL.* 06 123
- *REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".* 07 67
- *CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS* 12 169

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

- *A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.* 05 95

CARINE DELGADO CAÛLA REIS

- *ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.* 09 125
- *NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS* 12 181

CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA

- *MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRACIONAL.* 08 41

CARLOS ANTÔNIO R. RIBEIRO

- *VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL.* 12 211

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

- *DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA.* 04 69

CARLOS MORAES

- *SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA* 08 443

CELSO ANTONIO P. FIORILLO

- *O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.* 04 101

CLAUDIA OLIVEIRA PACHÚ

- *OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.* 08 59

CLÁUDIO BRANDÃO

- *A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO.* 05 69

- *PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?* 07 83
- *PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL* 11 95

CLÁUDIO SOUTO

- *DIREITO ALTERNATIVO: EM BUSCA DE SUA TEORIA SOCIOLÓGICA* 01 16
- *PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO.* 02 107
- *FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.* 04 435
- *A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.* 05 79
- *DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO.* 08 81

CLAUDIO VIANNA DE LIMA

- *ESCOLAS DA MAGISTRATURA.* 02 13

CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS

- *LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA.* 04 126
- *PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL.* 06 97

DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA

- *CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL* 02 249

DAMÁSIO DE JESUS

- *CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA* 12 229

DÁRIO ROCHA

- *A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA.* 04 167
- *APRESENTAÇÃO.* 07 13
- *CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUÊ SER E NÃO SER ALTERNATIVO.* 07 103
- *APRESENTAÇÃO.* 08 15
- *JUSTIÇA, VIDA E CORAGEM.* 08 93
- *APRESENTAÇÃO.* 09 21

• APRESENTAÇÃO.	10	21
• MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO - UMA VISÃO SUBSTANTIVA.	10	107
DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO		
• DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/69.	07	121
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO		
• SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO N. 5.336/92	01	292
• AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO.	02	362
• AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO.	04	156
• DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA.	05	117
• O PODER INTERATIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO.	06	141
• DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.	07	139
• SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO.	08	99
DENISE FROSSARD		
• O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.	06	155
DJACI FALCÃO		
• PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE.	05	501
• PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO.	06	501
DJASON B. DELLA CUNHA		
• GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS.	07	151
• O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A RACIONALIDADE DO MÉTODO POSITIVO.	09	141
• A CULTURA E O DIREITO: A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO	11	115
DOMINGOS TOCHETTO		
• CRIMINALÍSTICA.	06	163

EDSON DE ARRUDA CÂMARA		
• O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS.	02	150
• GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O CASO BRASILEIRO.	03	111
EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES		
• SENTENÇA CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.	04	526
• ANATOCISMO.		
• SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO.	05	525
EDUARDO R. RABENHORST		
• SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS".	03	119
ELSON ZOPELLARÓ MACHADO		
• DESFORÇO IN CONTINENTI - DESFORÇO IMEDIATO.	07	189
ELIANE DOS SANTOS M. MASCARENHAS		
• SENTENÇA CÍVEL. RESSARCIMENTO DE DANOS.	03	559
ELZANY CINTRA DE MORAIS		
• CURSO DE CRIMES.	10	119
EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO		
• ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA.	06	181
EMÍLIO GARCIA MENDEZ		
• ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS).	07	199
ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO		
• A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO.	02	201
• FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO.	05	127
• REGULACOES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL.	07	213
ESMAPE EM 96.1		
• ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO.	02	500
• REGULACOES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL.	07	213

ETÉRIO GALVÃO		
• O JUIZ É UM SER POLÍTICO	11	139
• APRESENTAÇÃO	11	21
• APRESENTAÇÃO	12	21
EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI		
• O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE URBANÍSTICO.	06	201
FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA		
• O ANTI-SEMITISMO POR JEAN PAUL SARTRE	08	107
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA		
• DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	04	181
• O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA.	07	253
FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA		
• A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.	04	204
• SENTENÇA CÍVEL. ECA/D. ARRECADAÇÃO DE IMPORTANCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL.	06	523
FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE		
• A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR - PAGADOR.	09	159
• MERCOSUL: MERCADO COMUM - REALIDADE OU UTOPIA	12	235
FÁTIMA NANCY ANDZIGHI		
• DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR.	01	9
• REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.	05	117
FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO		
• O ILÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE Kelsen E PONTES DE MIRANDA	12	259
FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO		
• PARECER CPRH.	08	473
FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS		
• MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL.	02	477
• SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL.	08	455

FLÁVIO AUGUSTO FONTES DE LIMA		
• A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.	01	202
• " NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS", ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	03	131
• O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (PRIMEIRAS LINHAS).	05	215
• O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO. FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.	06	213
• A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA.	07	291
• COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?	08	121
• INDECLINABILIDADE DO JULGAR.	10	153
FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA		
Ver DÁRIO ROCHA		
FRANCISCO DEMETRIUS P. DE OLIVEIRA		
• O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA	12	285
FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES		
• LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO-RESTRICÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS.	05	237
GERALDO PRADO		
• REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO.	04	222
GÜNTHER KAISER		
• LA FUNCION DE LA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL.	05	251
GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA		
• JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO.	03	149
• OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999.	07	317
HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS		
• I. CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS.	01	74
• PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.	02	240
• OS PRINCÍPIOS E O DIREITO.	03	177
• UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA.	03	185
• DA IGUALDADE.	05	269

• O INSS EM DEBATE	06	243
• DE 88 EM DIANTE	07	339
• LOURIVAL VILANOVA/TORQUATO CASTRO: CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO/TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA EM DIREITO PRIVADO NACIONAL	12	313
HIDELBRANDO CAMPESTRINI		
• LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE	02	90
HUGO CAVALCANTI MELO FILHO		
• LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA	03	191
HUMBERTO BRUNO DE ALMEIDA FERREIRA		
• BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMATICAS DOS AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS	12	351
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR		
• AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756 DE 17-12-98	09	177
• PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO	11	455
IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO		
• SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO	09	431
INÊS CRISTINA SELBMANN		
• UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO	07	367
• RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS	08	151
• SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO?	10	179
• RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS	12	373
IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO		
• CONCURSO DE PESSOAS	08	169
ISAÍAS ANDRADE LINS NETO		
• QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO	09	203

• SENTENÇA. PODER JUDICIÁRIO. PRIMEIRO JUÍZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECIFE-PE	10	395
• VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90	11	143
ISABELLE AMORIM DE MORAES		
• CONCURSO DE CRIMES	08	195
IVAN LUIZ DA SILVA		
• CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS	05	315
IVO DANTAS		
• SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO	03	201
• AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS	11	151
JACKSON BORGES DE ARAÚJO		
• MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL	03	571
• MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA	06	533
• DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLOGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS	07	383
JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA		
• TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO	03	215
• A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL	06	249
• PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA	08	223
JOÃO ALFREDO DOS ANJOS		
• ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO	05	337

JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO		
• FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA.	01	266
• A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER.	03	233
• MODERNIDADE E DIREITO.	06	255
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA		
• ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.	05	383
• A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.	07	405
JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR		
• NÓS E OS JUÍZES.	05	357
JOAQUIM LUSTOSA FILHO		
• PARECER. TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO RECIFE. INCONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.	11	487
JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA		
• SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO Nº 1.178/93.	01	230
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.	02	467
• SENTENÇA CÍVEL: AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.	03	589
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.	05	545
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.	09	457
• SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.	10	409
• SENTENÇA CÍVEL. NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI. COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.	11	505
JOSÉ AUGUSTO DELGADO		
• REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.	03	233
JOSÉ DE MOURA ROCHA		
• AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).	03	261

• PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.	04	229
• CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).	06	275
• CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.	07	449

JOSÉ CARLOS ARRUDA DANTAS

• CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.	07	429
• A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".	08	233
• TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.	09	211
• A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO	12	383

JOSÉ FERNANDES DE LEMOS

• DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.	03	603
--	----	-----

JOSÉ JANGUIÊ BEZERRA DINIZ

• OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.	02	339
• FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.	03	287
• PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.	05	405
• O VALOR DA JUSTIÇA.	06	301
• PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.	07	481

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

• A FUNÇÃO DO JUIZ	01	184
--------------------	----	-----

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

• AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS	12	403
---	----	-----

JOSÉ RENATO NALINI

• O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER. PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.	01	211
• ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.	02	28
	03	325

• <i>A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.</i>	06	337
JOSÉ SOARES FILHO		
• <i>ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.</i>	01	107
• <i>O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.</i>	04	259
JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES		
• <i>LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO.</i>	02	262
• <i>SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.</i>	03	311
JOSÉ VIANA ULISSES FILHO		
• <i>ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.</i>	01	145
• <i>LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.</i>	02	310
• <i>O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO.</i>	03	355
• <i>SENTENÇA CÍVEL: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE.</i>	05	561
JUSTIÇA PÚBLICA		
• <i>SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.</i>	01	292
KÉZIA MILKA LYRA DE OLIVEIRA		
• <i>O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.</i>	12	441
KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA		
• <i>O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.</i>	10	209
• <i>DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.</i>	11	229
LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA		
• <i>A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.</i>	04	282
• <i>POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.</i>	07	501

LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

• <i>DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS.</i>	02	490
• <i>PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.</i>	03	625

LUCIANA HELENA SANTOS

• <i>UNIÃO ESTÁVEL-EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS.</i>	12	465
--	----	-----

LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES

• <i>O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.</i>	08	247
---	----	-----

LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA

• <i>O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES - UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO (ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL).</i>	11	247
• <i>A CULPA COMO FATOR PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE E DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO.</i>	12	495

LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS

• <i>AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.</i>	11	275
---	----	-----

LUIZ DE FREITAS LIMA

• <i>A CONSTRUÇÃO CIVIL É ATIVIDADE CIVIL.</i>	12	511
--	----	-----

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

• <i>INTERCEPÇÃO TELEFÔNICA.</i>	04	296
----------------------------------	----	-----

MARCELO A. RODRIGUES

• <i>O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.</i>	04	101
--	----	-----

MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA

• <i>A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.</i>	09	247
--	----	-----

MARCO MACIEL			
• ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL	04	312	
MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO			
• O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO	03	375	
MARIA BETÂNIA SILVA			
• AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS	02	446	
• UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO	04	318	
• SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA	07	511	
MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO			
• CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA	08	299	
• A CULPA STRICTO SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE	10	233	
MARIA DLARA SIQUEIRA DE MELO BORGES			
• A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO	08	283	
• AS CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO	09	267	
MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA			
• O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	10	263	
MÁRIO ANTÔNIO LOBATO DE PAIVA			
• DIREITO DO TRABALHO MÍNIMO	12	525	
MARUPIRAJA RAMOS RIBAS			
• DANOS MORAIS	07	527	
• SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	09	475	
• A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS	11	283	
MAURÍCIO RANDS			
• DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA	04	344	
MAURÍCIO GOMM SANTOS			
• FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS	02	190	

MICHELE TARUFFO			
• DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL	11	291	
NALVA CRISTINA CAMPELLO			
• SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS	05	639	
NAPOLEÃO TAVARES			
• APRESENTAÇÃO	01	05	
• APRESENTAÇÃO	02	11	
• APRESENTAÇÃO	03	09	
• APRESENTAÇÃO	04	11	
• APRESENTAÇÃO	05	13	
• APRESENTAÇÃO	06	13	
• AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS	06	549	
NELSON SALDANHA			
• SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL	03	409	
• EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS	04	356	
• O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO	07	533	
• DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS	08	317	
• PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO	11	345	
NILDO NERY DOS SANTOS			
• AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS	01	99	
• A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA	02	124	
• DESEMPREGO E VIOLÊNCIA	04	371	
NIVALDO MULATINHO FILHO			
• SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO	11	517	
• SENTENÇA CRIMINAL. DENÚNCIA CONTRA SEIS POLÍCIAIS MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA	12	633	
OG FERNANDES			
• JUÍZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS	01	287	
PALHARES MOREIRA REIS			
• O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO	09	283	
• NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	11	357	

PATRICIA CARNEIRO TAVARES

- DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA 12 537

PAULA OLIVEIRA MENDONÇA

- PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL 09 301

PAULO LUIZ NETTO LÔBO

- QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ. 05 465
- IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES. 06 361

PAULO CÉSAR MAIA PORTO

- O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS. 03 419
- PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES. 05 439

PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA

- DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS. 02 374

RENATO PINHEIRO FILHO

- O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL - A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO. 10 305

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

- O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO). 04 386

RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO

- SENTENÇA CIVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PÉDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PROCEDÊNCIA - REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE-AMERICANO PARA O INPC. 11 533

RICARDO SILVEIRA RIBEIRO

- CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL 10 281

RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS

- A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO. 01 407

- O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 02 161
- O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE. 04 413

ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES

- LIBERALISMO E DEMOCRACIA: O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO. 08 335
- RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO 11 367

ROBERTO MAGALHÃES

- O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS. 06 381

ROMUALDO MARQUES COSTA

- PUNIBILIDADE E NORMA PENAL. 01 131
- PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME. 02 134
- PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA. 03 455

ROQUE DE BRITO ALVES

- ALGUNS ASPECTOS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL. 12 565

ROSA MARIA A. NERY

- O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. 04 101

ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA

- A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL. 02 419

RUY TREZENA PATU JÚNIOR

- CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. 01 421
- MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL. 02 272
- A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO. UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA 03 469
- SENTENÇA CIVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. 04 544

SAMUEL HORACIO DE OLIVEIRA		
• JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.	09	343
SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA		
• A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.	02	393
SAULO RAMOS		
• REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.	09	367
SOLANGE SOUTO		
• FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.	04	435
• A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL- OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.	05	79
SÉRGIO BERMUDEZ		
• A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.	06	391
SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA		
• A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO.	04	429
SERGIO TORRES TEIXEIRA		
• A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE	08	367
SIDNEY SANCHES		
• ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.	03	511
SÍLVIO NEVES BAPTISTA		
• ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO.	02	177
• CONCEITO DO DIREITO CIVIL.	07	545
STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LETTÃO		
• UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?	08	389
TEODOMIRO NORONHA CARDOZO		
• SENTENÇA PENAL.	10	427
• DA REPRESENTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.	11	399

VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS		
• A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES.	03	527
• A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO.	04	449
• AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO.	06	405
• OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA.	12	599
VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE		
• ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS.	06	425
• SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.	09	485
• SENTENÇA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL.	11	543
THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES		
• PENHOR MERCANTIL- POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA.	11	409
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA		
• QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	04	467
• A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.	06	457
• FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.	07	563
• CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.	08	403
• PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	11	423
WALBER DE MOURA AGRA		
• INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO.	10	331
ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA		
• OUVIDORIA JUDICIÁRIA - MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE	12	613
ZÉLIO FURTADO DA SILVA		
• O CONTEÚDO SOCIOLÓGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.	02	79
• A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO.	03	539

• DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE		
• ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS.	05	469
DO ART. 12 DA M. P. N.º 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.	07	593
• A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.	10	359



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-070