

REVISTA DA
ESMAPE

ISSN 1415-112X

Vol.3/Nº 8 - Jul/Dez. 1998



De um possível caráter
ubiquitário do Direito

Cláudio Souto

Saúde com "contrato civil de
longa duração":
aspectos referentes ao
reajuste das mensalidades e
ao direito de rescisão

Deniseiro Ramos Reinaldo Filho



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



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

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado, conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87. Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070.070

DIRETORIA

Diretor:

DES. FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA

Supervisor:

DR. VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Comum:

DR. LAIETE JATOBÁ NETO

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Trabalhista:

DR. FREDERICO CORREA MARANHÃO

Coordenador do Curso de Deontologia:

DR. CARLOS HUMBERTO INOJOSA GALINDO

Presidente da Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco:

DES. GILBERTO AUGUSTO CORRÊA GONDIM

Secretária Geral:

JOSINA DE SÁ LEITÃO

ISSN 1415-112X

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

Volume 3 - Número 8
julho/dezembro - 1998

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Rev. da Esmape - Recife - jul/dez 1998 - V.3 Nº 8 - 3 a 502

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL:

Presidente: Des. Francisco Dário Mendes da Rocha

Membros: Dr. Virgínio Marques Carneiro Leão

Dr. Laiete Jatobá Neto

Dr. Frederico Correa Maranhão

Dr. Carlos Humberto Inojosa Galindo

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

Revisão Ortográfica: Eulene Staudinger Fone: (081) 2512684

Editoração eletrônica e capa: Tarciso Júnior Fone: (081) 4544245

Tiragem: 1.200 exemplares

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

DIREITOS RESERVADOS À ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
E S M A P E

SOLICITA-SE PERMUTA / EXCHANGE DISUED / ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@elogica.com.br

www.esmape.com.br

EDIÇÕES



BAGAÇO

Coordenação Editorial:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife/PE – CEP 52061.180

Tels./Fax: (081) 441.0132/441.0133/441.0134

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

Descrição baseada em: Ano 3, n.8 (jul/dez 1998)

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

Josi/ESMAPE – TJ

CDD 340.05

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 19980014

Local P-01

Ch. 00000008 E

CORPO DOCENTE

CIÊNCIA POLÍTICA

Palhares Moreira Reis

DIREITO ADMINISTRATIVO

Marcos Antônio Nery Azevedo

Zélio Furtado da Silva

DIREITO AMBIENTAL

Flávia Carolina de Souza Reis

DIREITO CIVIL I

Jorge Américo Pereira de Lira

Rafael José de Menezes

DIREITO CIVIL II

Brasílio Antônio Guerra

Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Ruy Trezena Patu Júnior

DIREITO CIVIL III

Alberto Flávio Barros Patriota

Eudes dos Prazeres França

Leopoldo de Arruda Raposo

Saulo Fabianne de Melo Ferreira

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Marcelo da Veiga Pessoa Bacallá

Roberta Correia de Araújo

DIREITO COMERCIAL

Luiz de Freitas Lima

Vaudrilo Leal Guerra Curado

DIREITO CONSTITUCIONAL

*Elio Braz Mendes
Gustavo Just da Costa e Silva
Maria Betânia Silva*

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

*Hermano Queiroz Júnior
Hugo Cavalcanti Melo*

DIREITO DO CONSUMIDOR

*Luiz Mário de Góes Moutinho
Raimundo Gomes Bens
Rosana Grimberg*

DIREITO DA CRIANÇA E DA ADOLESCÊNCIA

*Alice Costa Rodrigues dos Santos
Luiz Carlos de Barros Figueiredo*

DIREITO ELEITORAL

Paulo Henrique Martins Machado

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

*Agenor Martins Pereira
José Soares Filho*

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO TRABALHO

*Marupiraja Ramos Ribas
Stella Maria M. Gomes de Sá Leitão*

DIREITO PENAL I

*Adeildo Lemos de Sá Cruz
Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Flávio Augusto Fontes de Lima
Paulo César Maia Porto*

DIREITO PENAL II

*Laiete Jatobá Neto
Romualdo Marques Costa*

DIREITO PENAL III

*Antônio Carlos de Vasconcelos C. Barreto Campello
Antônio Pedro Barreto Campello*

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

*Epaminondas da Câmara C. Neto
Mauri Delgado Chacon*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

*Alexandre Freire Pimentel
Naiva Cristina Campello
Valéria Rúbia Silva Duarte*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

*Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
José Antônio Macêdo Malta
Valéria Rúbia Silva Duarte*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

*Frederico Ricardo de A Neves
Mauro Jordão de Vasconcelos*

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

*Adjar Francisco de Assis Júnior
João Olympio V. de Mendonça
Lúcio Flavo Brainer Jatobá
Silvânia Espéria da Silva*

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

*Carlos Alberto Berriel Pessanha
Honório Gomes do Rego Filho
Nilzardo Carneiro Leão*

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

*Albérico Gomes Guerra
Patrícia Tavares*

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO I e II

*Edmilson Alves da Silva
Milton Gouveia da Silva Filho*

DIREITO DO TRABALHO I

*Eneida Melo Correia de Araújo
Virgínia Malta Canavarro*

DIREITO DO TRABALHO II

*Bartolomeu Alves Bezerra
Paulo Dias Alcântara*

DIREITO TRIBUTÁRIO I

*Adonis Costa e Silva
Cristiana Pragana Dantas
Hélio Sílvio Ourem Campos
Joaquim Lustosa Filho
Raymundo Juliano do Rego Feitosa*

DIREITO TRIBUTÁRIO II

*José Viana Ulisses Filho
Cristiana Pragana Dantas*

ECONOMIA POLÍTICA

Maria da Paz Brasil

FILOSOFIA DO DIREITO

*Gustavo Just da Costa e Silva
Jackson Borges de Araújo
Nelson N. Saldanha
Torquato da Silva Castro Júnior*

HERMENÊUTICA JURÍDICA

*Artur Stamford da Silva
Paula Maria S. de O. Mendonça*

LATIM INSTRUMENTAL

João Batista de Albuquerque

LÓGICA JURÍDICA

João Paulo Afain Teixeira

ORGANIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

*Eudes dos Prazeres França
José Alexandre de Vasconcelos Aquino
Ricardo de Oliveira Paes Barreto*

PORTUGUÊS E LINGUAGEM VERNACULAR JURÍDICA

*Maria Izabel Malheiros
Marlene Passos Muniz*

PRÁTICA JUDICIÁRIA CÍVEL

Carlos Humberto Inojosa Galindo

PRÁTICA JUDICIÁRIA PENAL

*Flávio Augusto Fontes Lima
Mauro Alencar de Barros*

PRÁTICA JUDICIÁRIA E DE SENTENÇA TRABALHISTA

*Acácio Júlio Caldeira
Frederico Correia Maranhão*

PSICOLOGIA FORENSE

*Aíba Gomes Guerra
Paulo da Silveira Rosas*

SOCIOLOGIA DO DIREITO

*Antônio Natanael M. Sarmiento
Mirian de Sá Pereira
Olga Jubert da Cruz Gouveia
Stefano Toscano*

TEORIA GERAL DO PROCESSO

Alexandre Freire Pimentel

*“Como és poderoso!
Como é grande a tua força!
A honestidade e a justiça são as bases do teu reinado.
Tú és fiel e amoroso em tudo o que fazes.*

(Salmos 89: 13-14)

APRESENTAÇÃO

Mais um número da REVISTA DA ESMAPE nasce, na certeza de que não vem para enfeitar estantes, mas para suscitar inteligências. Não vem com ares doutorais, mesmo porque, em grande medida os trabalhos jurídicos coletados são da lavra de gente nova, novíssima. Pelo menos cinco artigos são de alunos ou ex-alunos da Escola; um é de uma jovem e promissora aluna da Faculdade de Direito do Recife. Nem por isso deixam esses trabalhos de ombrear-se àqueles outros de juristas-doutrinadores eméritos. Uns e outros aqui enfeixados ecleticamente e livres de preconceitos acadêmicos.

O que a revista quer, com este oitavo número, é prestar contributo para o exercício revisional das nossas cabeças escravas, tanta vez, da mesmice estéril dos positivismos. Se, de algum modo, nascer deste volume um posicionamento favorável ou contrário, algum debate interpessoal ou intrapessoal, a missão estará cumprida.

Recife, março de 1999
Des. Dário Rocha
Diretor

da temática proposta, procurando fomentar o debate, tendo em vista as lições dadas por inúmeros estudiosos da matéria, aliada à modesta contribuição pessoal daquele que formula as presentes linhas.

2. Noções de princípio

A idéia de princípio está intimamente ligada aos fundamentos de algo sistêmico, ou seja, aquilo que serve de base e de fundamentação para um determinado ser que necessite dessa última para a sua existência e para a sua forma de agir.

Segundo Luís Díez Picazo, a idéia de princípio deriva da linguagem geométrica, que estabelece as "verdades primeiras".¹ Acrescenta Picazo que é exatamente por isso que são princípios, ou seja, "porque estão ao princípio", sendo "as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*".²

Para uma boa noção de princípio, é importante salientar esse aspecto de serem os princípios fundamentos, as premissas de um algo sistêmico, os timoneiros de uma determinada atuação desse algo referido. Essa é a idéia geral principal.

2.1 O princípio enquanto norma

Tendo uma noção inicial de princípio, torna-se necessário estabelecer com precisão o exato alcance dos princípios na esfera jurídica.

Os princípios jurídicos são efetivamente verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, mas

¹ Apud P. Bonavides, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 1997, p. 228.

² Idem, ibidem, p. 229.

ao do dever ser, sendo normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. É o que conclui Pícazo, invocando o pensamento do jurista espanhol F. de Castro.³

Em verdade, a concepção acima exposta, principalmente no que tange à vigência, validade e obrigatoriedade dos princípios, é bastante precisa em seus argumentos. De fato, não é apenas pelo seu grau de abstração e generalidade que a força e a eficácia normativa dos princípios não deve ser considerada, pois se assim o fosse, equivaleria a tornarem os princípios jurídicos algo absolutamente inútil e desnecessário, já que não teriam aplicabilidade na práxis jurídica.

Efetivamente, assim não o é. O entendimento que tem realmente prevalecido é o de que os princípios jurídicos são dotados de eficácia normativa, são normas jurídicas com todas as características destas.

Tal entendimento sobre a normatividade dos princípios já vamos encontrar em Crisafulli, no ano de 1952. O eminente jurista italiano entende princípio como a norma jurídica considerada determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, com essas desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares, das quais determinam o seu conteúdo.⁴

No Brasil, o ilustre publicista Celso Antonio Bandeira de Mello nos traz uma idéia precisa dessa força normativa dos princípios. Para ele, o princípio é "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo,

³ Idem, ibidem, p. 229.

⁴ Idem, ibidem, p. 230.

da temática proposta, procurando fomentar o debate, tendo em vista as lições dadas por inúmeros estudiosos da matéria, aliada à modesta contribuição pessoal daquele que formula as presentes linhas.

2. Noções de princípio

A idéia de princípio está intimamente ligada aos fundamentos de algo sistêmico, ou seja, aquilo que serve de base e de fundamentação para um determinado ser que necessite dessa última para a sua existência e para a sua forma de agir.

Segundo Luís Diez Picazo, a idéia de princípio deriva da linguagem geométrica, que estabelece as "verdades primeiras".¹ Acrescenta Picazo que é exatamente por isso que são princípios, ou seja, "porque estão ao princípio", sendo "as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*".²

Para uma boa noção de princípio, é importante salientar esse aspecto de serem os princípios fundamentos, as premissas de um algo sistêmico, os timoneiros de uma determinada atuação desse algo referido. Essa é a idéia geral principal.

2.1 O princípio enquanto norma

Tendo uma noção inicial de princípio, torna-se necessário estabelecer com precisão o exato alcance dos princípios na esfera jurídica.

Os princípios jurídicos são efetivamente verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, mas

ao do dever ser, sendo normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. É o que conclui Pica-zo, invocando o pensamento do jurista espanhol F. de Castro.³

Em verdade, a concepção acima exposta, principalmente no que tange à vigência, validade e obrigatoriedade dos princípios, é bastante precisa em seus argumentos. De fato, não é apenas pelo seu grau de abstração e generalidade que a força e a eficácia normativa dos princípios não deve ser considerada, pois se assim o fosse, equivaleria a tornarem os princípios jurídicos algo absolutamente inútil e desnecessário, já que não teriam aplicabilidade na práxis jurídica.

Efetivamente, assim não o é. O entendimento que tem realmente prevalecido é o de que os princípios jurídicos são dotados de eficácia normativa, são normas jurídicas com todas as características destas.

Tal entendimento sobre a normatividade dos princípios já vamos encontrar em Crisafulli, no ano de 1952. O eminente jurista italiano entende princípio como a norma jurídica considerada determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, com essas desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares, das quais determinam o seu conteúdo.⁴

No Brasil, o ilustre publicista Celso Antonio Bandeira de Mello nos traz uma idéia precisa dessa força normativa dos princípios. Para ele, o princípio é "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo,

¹ Apud P. Banevides, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 7ª ed., 1997, p. 228.

² Idem, ibidem, p. 229.

³ Idem, ibidem, p. 229.

⁴ Idem, ibidem, p. 230.

no que lhe confere a tónica e lhe dá sentido harmónico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo".⁵

Após conceituar o princípio jurídico de forma lapidária, o eminente autor ainda assevera: "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos".⁶ Com tal assertiva, não podemos duvidar da força normativa dos princípios. Esses são mesmo normas.

Há, no entanto, um outro aspecto a ser considerado. A normatividade dos princípios jurídicos só se verifica quando tais princípios estão positivados, ou seja, constantes do ordenamento jurídico. Para uma melhor compreensão, é importante trazermos a distinção feita pelo eminente jurista francês Antoine Jeammaud entre princípios gerais de direito e princípios jurídicos que constituem regras jurídicas.⁷

Para Jeammaud os princípios jurídicos que constituem regras jurídicas não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas como vigentes e/ou eficazes ou não vigentes e/ou não eficazes.⁸ Evidentemente, seriam princípios dotados de força normativa.

Já os princípios gerais do direito, para o douto autor, são proposições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo

5 C. A. B. Mello, Curso de Direito Administrativo, 8 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545-546.

6 Idem, *ibidem*, p. 546.

7 Apud E. R. Grau, A Ordem Económica na Constituição de 1988, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 76-77.

8 Idem, *ibidem*, p. 77.

e as grandes tendências do direito positivo.⁹ Aqui temos uma carência de normatividade que só é suprida mediante a positivação do princípio geral do direito, ou seja, a inclusão deste enquanto princípio no ordenamento jurídico positivo, passando a ser um princípio normativo e não mais uma abstração do pensamento dos doutrinadores.

Mesmo que não estejam presentes no direito positivo, os princípios gerais do direito podem ser utilizados pelos magistrados para fundamentar decisões.

Entretanto, essa utilização é meramente subsidiária, ocorre na lacuna ou omissão legal, ao passo que a utilização dos princípios positivados é obrigatória e principal, tendo força normativa efetiva. Os princípios gerais do direito de que nos fala a nossa Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, correspondem, portanto, ao que nos diz o conceito de Jeammaud, com uma aplicação possível, mas não necessariamente obrigatória.

2.2 Distinção entre norma, princípio e regra

Um outro problema a ser levantado e com que os autores fazem uma certa confusão é a distinção entre normas, princípios e regras, o que provoca muitos debates, aos quais, sucintamente, nos referiremos aqui.

Jeammaud, por exemplo, que nos traz a distinção entre princípios gerais de direito e princípios jurídicos que constituem regras jurídicas, com vimos no ponto anterior, confunde princípio e regra em relação a esses últimos que nós denominaríamos simplesmente princípios normativos.

Em verdade, as normas são gênero do qual são espé-

9 Idem, *ibidem*, p. 77.

cies os princípios e as regras. Paulo Bonavides¹⁰ afirma, apoiando-se em Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”. Daí concluir-se que o que Jeammaud coloca como regras jurídicas são as normas jurídicas em um sentido amplo dos quais os princípios e as regras são tipos. O mais adequado seria utilizar a mesma nomenclatura (dentro da concepção de Antoine Jeammaud), substituindo o vocábulo “regras” pela expressão “normas”, o que, é óbvio, não diminui o alcance da contribuição do douto jurista francês para a temática.

O jurista norte-americano Ronald Dworkin deu uma significativa contribuição para a discussão sobre essa diferenciação entre norma, princípio e regra. Ele coloca em seus escritos o vocábulo “pautas” com o mesmo significado de normas e iguala normas e regras (para ele ambas as expressões têm o mesmo significado) e procede à diferenciação entre princípios e regras. Dworkin chama de princípio o mandamento “que há de ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas sim por ser uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”.¹¹

Dworkin procura demonstrar a distinção entre princípios e regras da seguinte maneira: os princípios têm uma dimensão que falta nas regras, uma dimensão de peso ou importância. Quando dois princípios entram em colisão (a política de proteção aos consumidores de automóveis com o princípio da liberdade contratual, conforme exemplo do próprio autor), quem der resolução a tal problema deve levar em consideração o peso relativo de cada um.

¹⁰ P. Bonavides, *ob. cit.*, p. 243.

¹¹ R. Dworkin, “El Modelo de las Normas”, 2 ed., Los Derechos en Serio, Barcelona: Ariel, 1989, p. 72.

É necessário, portanto, questionar qual a importância ou o peso que cada princípio tem.¹²

No que diz respeito às regras, Dworkin demonstra que elas não têm a mesma dimensão dos princípios. Ao se falar de regras, podemos observar se são ou não são funcionalmente importantes. Neste sentido, uma regra pode ser mais importante que outra por ter um papel mais relevante na regulação dos comportamentos.¹³

Também importantíssima foi a contribuição do jurista alemão Robert Alexy para esse debate. Alexy parte da idéia de que tanto os princípios como as regras são normas, e a diferença entre eles é uma diferença entre duas espécies de normas. Os critérios para estabelecer tal distinção são inúmeros, mas o mais freqüente é o da generalidade. De acordo com este, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, enquanto que as regras, sendo também normas, têm grau relativamente baixo de generalidade.¹⁴

Para o mestre alemão, no entanto, a distinção entre regras e princípios é mais nítida no exame da colisão de princípios e do conflito de regras. Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma das regras for declarada nula, ou se uma cláusula de exceção for introduzida na regra. Juridicamente, a regra vale ou não vale, resolvendo-se o conflito de regras na dimensão da validade.¹⁵

Já a resolução do conflito de princípios se dá de modo distinto com o recuo de um dos princípios, sem, no entanto, ser o mesmo invalidado. O que ocorre é que em determinadas circunstâncias um princípio cede ao outro,

¹² R. Dworkin, *ob. cit.*, p. 77.

¹³ *Idem*, *ibidem*, p. 78.

¹⁴ P. Bonavides, *ob. cit.*, p. 249.

¹⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 251.

o que pode ocorrer de forma contrária em outras circunstâncias. Os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é que prevalece. Resolve-se, portanto, o conflito de princípios, não na dimensão de validade, mas na dimensão de valor.¹⁶

Entretanto, isso não significa que os princípios sejam valores. Eles são efetivamente normas, não valores. Considerar os princípios apenas numa esfera axiológica equivale a “desvalorizar” os princípios, pois a sua efetividade só se dá com a sua força normativa. Somente como norma, o princípio pode ser dotado de obrigatoriedade e, conseqüentemente, ter aplicabilidade prática. Se é considerado apenas um valor e não uma norma obrigatória, sua eficácia diminui e fica adstrita a um plano metajurídico. O que o jurista alemão Friedrich Müller fala a respeito dos direitos humanos, cai como uma luva para os princípios.¹⁷

2.3 O princípio constitucional

Após termos feito considerações sobre o princípio em geral, vamos abordar especificamente o princípio constitucional.

O princípio constitucional é, essencialmente, o princípio jurídico positivado na lei maior de um país. Os princípios constantes de uma determinada constituição sintetizam os valores de maior importância de uma dada sociedade, os quais esta mesma sociedade, diretamente ou através de seus representantes, consagrou como normas

¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 251.

¹⁷ F. Müller, “Interpretação e Concepções Atuais dos Direitos do Homem”, Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, 1994, p. 537: “Os direitos humanos não são ‘valores’, mas normas. Atrás deles estão representações de valores de dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituição os positiviza, eles são direito vigente. A partir de então, nós juristas temos o dever de interpretá-los como normas. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em ‘valores’, procede justamente por essa razão à sua desvalorização.”

fundamentais a serem obrigatoriamente observadas. Luís Roberto Barroso nos traz a idéia de princípios constitucionais como “a síntese dos valores principais da ordem jurídica”.¹⁸ Salienta o mesmo autor que a constituição, por ser um sistema de normas jurídicas, é um todo harmônico com valores superiores e diretrizes fundamentais que sedimentam tal harmonia. Nos dizeres do próprio autor, “Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”.¹⁹

3. Noções de constituição econômica

A idéia de constituição econômica é algo bastante recente, tendo começado a ser utilizada efetivamente, apenas no século XX.

No nascedouro do constitucionalismo não havia a idéia de um possível estabelecimento de uma determinada ordem econômica, pois o cerne da teoria liberal era justamente a economia livre, o livre mercado, a ampla liberdade de contratação, enfim, a doutrina do *laissez faire, laissez passer* de Adam Smith.

A idéia de uma regulação estatal da economia era vista com desconfiança e restrições por parte dos pensadores liberais inspiradores do constitucionalismo clássico. A ordem econômica não precisaria da mão estatal para se estabelecer de forma coerente e racional; bastaria a *invisible hand* do livre mercado para construir tal ordem, cabendo ao Estado apenas a manutenção dessas liberdades econômicas fundamentais, intervindo na economia

¹⁸ L. R. Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 287.

¹⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 287.

somente para esse fim. O próprio Smith não tinha sequer teorias políticas, como salienta o saudoso publicista alemão Franz Neumann²⁰, servindo, para ele, qualquer regime político, forma de governo ou de Estado, que garantisse, sem restrições, a livre concorrência.

A ordem econômica, portanto, se estabeleceria de forma natural e espontânea, devendo, pois, estar fora da constituição formal, que deveria ser apenas uma constituição política. A constituição econômica seria somente uma constituição real, estando unicamente no mundo dos fatos, sem uma regulação por parte do Estado, numa espécie de autopeiose das leis de mercado, as únicas aptas a regular o fenômeno econômico.

Mas o que poderíamos considerar como constituição econômica?

Pinto Ferreira nos dá uma idéia de constituição econômica, definindo-a como "um conjunto de normas que garante os elementos definidores de um determinado sistema econômico, estabelecendo os princípios fundamentais da forma de organização e funcionamento da economia".²¹

Canotilho vê a constituição econômica como "o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia".²²

Por sua vez, Eros Roberto Grau compreende a constituição econômica como o "conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia".²³

Das lições dos três ilustres mestres, podemos entender constituição econômica como o sistema normativo

fundamental regulador das relações econômicas em uma dada sociedade, entendendo-se aqui sistema normativo em um sentido amplo, não necessariamente como um sistema formal, positivado em um documento constitucional, ou em outro tipo de documento legal, mas também como um sistema unicamente real em que as leis do livre mercado configurassem a constituição econômica. É a partir desse entendimento que surgem as idéias de constituição econômica real, material e formal.

3.1 Constituição econômica real

A idéia de uma constituição real está intrinsecamente ligada aos pensamentos do jurista germânico Ferdinand Lassalle, que questionava a eficácia da constituição escrita (formal) em face da verdadeira constituição (real), calcada na própria realidade vivenciada pelos cidadãos de uma determinada sociedade.

Inicialmente, Lassalle indagou sobre o que seria uma constituição, qual seria a verdadeira essência de uma constituição, para logo em seguida afirmar a carência de respostas satisfatórias para suas indagações.²⁴

A partir de tal inquietação intelectual, o ilustre jurista buscou estudar os fatores reais do poder e a sua relação com as instituições jurídicas, principalmente com o que comumente chamamos de constituição. Para ele, esta última não passa de um pedaço de papel se não estiver em consonância com os fatores reais do poder, tanto que considera a constituição de um país "a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação."²⁵ A partir dessa análise, conclui que "uma constituição real e efetiva a possuíram

20 F. Neumann, *Estado Democrático e Estado Autoritário*, trad. Luiz Corção, Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 264.

21 P. Ferreira, *A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional (Revisão e Emenda)*, Recife, SOPECE, 3ª ed., 1994, p. 179.

22 J. G. Canotilho, *ob. cit.*, p. 474.

23 E. R. Grau, *ob. cit.*, p. 62.

24 F. Lassalle, *A Essência da Constituição*, trad. Walter Stöcker, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4 ed., 1998, p. 21.

e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos."²⁶

Portanto, todos os países, em todos os tempos, tiveram e têm uma constituição real e efetiva, ainda que o constitucionalismo como idéia e como movimento só tenha surgido há poucos séculos. Em todos os países existem os fatores reais do poder determinantes da organização social, ainda que não exista um documento constitucional próprio ou mesmo leis constitucionais esparsas.

O eminente mestre português Gomes Canotilho nos traz uma definição de constituição real que nos será bastante útil aqui. Para ele, a constituição real é "o conjunto de forças políticas, ideológicas e econômicas, operantes na comunidade e decisivamente condicionadoras de todo o ordenamento jurídico."²⁷

Tal definição nos ajuda a compreender o que vem a ser a constituição econômica real. Seguindo Canotilho, poderíamos definir constituição econômica real como o conjunto de fatores econômicos operantes na sociedade e condicionadores da ordem econômica (ordenamento jurídico do fenômeno econômico).

A partir disso, podemos afirmar que todos os países, todas as sociedades, enfim, todas as organizações sociais humanas tiveram e têm uma constituição econômica real. Não poderia ser diferente nos Estados que adotaram os princípios econômicos liberais, pois embora formalmente adotassem apenas uma constituição política, possuíam

²⁵Idem, *ibidem*, p. 32.

²⁶Idem, *ibidem*, p. 39.

²⁷J. J. G. Canotilho, *ob. cit.*, p. 66-67. Também nos traz as definições de dois outros autores: Bartole - "a constituição real é o conjunto de valores e de escolhas políticas de fundo, divididas pelas forças políticas da maioria ou pelas forças políticas hegemônicas num determinado sistema constitucional"; e Bognetti - "a constituição real é o conjunto de valores, princípios e práticas que constituem a visão ético-política essencial em torno da qual se agregam as forças hegemônicas da comunidade."

uma constituição econômica real, formada a partir das leis do mercado livre.

A constituição econômica real foi a única existente até o advento do *Welfare State* e do constitucionalismo social, com os quais surgiram as constituições econômicas material e formal.

3.2 Constituição econômica material

Diferentemente da constituição puramente real, a constituição material é uma constituição normativa. Tanto ela como a constituição formal são constituições normativas. O seu principal diferencial em relação a esta última é o perfil centralizado ou esparso das normas constitucionais.

As normas da constituição material têm um caráter esparso. Uma constituição material não se corporifica em um único documento, mas está espalhada em diversos textos legais que regulam os aspectos fundamentais das estruturas estatais e sociais, ou seja, é uma constituição quanto à matéria, embora não seja formalmente considerada como tal. O exemplo clássico é o da constituição consuetudinária inglesa, erroneamente referida muitas vezes como não-escrita.²⁸ Não se pode dizer que a Inglaterra tenha apenas uma constituição real, pois evidentemente que os ingleses possuem uma constituição normativa. No entanto, tal constituição não apresenta suas normas centralizadas em um único documento, mas espalhadas pelo mundo legislativo, sendo, portanto, uma

²⁸É um erro muito comum considerar a constituição inglesa como uma constituição não-escrita. De fato, a constituição inglesa é costumeira, mas temos diversas leis constitucionais escritas, embora não codificadas em um único documento, como acontece na maioria dos países. A Magna Carta, o Petition of Rights, o Habeas Corpus Act e o Bill of Rights, só para citar os exemplos mais conhecidos, são leis constitucionais escritas, embora esparsas, o que comprova a nossa assertiva. Cf. R. David, *O Direito Inglês*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

constituição material. Portanto, se toda a constituição inglesa é uma constituição material, a sua constituição econômica também é material.

Podemos também visualizar o exemplo norte-americano. Nos Estados Unidos da América a Constituição de 1787 é uma constituição política, não havendo nela um disciplinamento da ordem econômica, até porque, na ocasião, ainda não se cogitava isso. Posteriormente, com a derrocada do liberalismo em escala mundial nas primeiras décadas do século XX, os norte-americanos sentiram a necessidade de disciplinar a ordem econômica, principalmente a partir da política econômica do *New Deal* do presidente Franklin Delano Roosevelt. E o fizeram principalmente através de leis infraconstitucionais, construindo, ao lado de uma constituição política formal, uma constituição econômica material, já que tais normas não estavam concentradas na própria lei maior, mas em legislação esparsa. Ainda hoje a nação norte-americana tem uma constituição econômica material, ao lado de uma constituição política formal.

Tendo em vista todas as considerações feitas, poderíamos definir a constituição econômica material como um conjunto de normas (princípios e regras) que regulam a ordem econômica de um determinado Estado nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes de onde surgiram ou do seu posicionamento formal no ordenamento jurídico do Estado.

3.3. Constituição econômica formal

A idéia de uma constituição econômica formal está estritamente vinculada ao advento do Estado social inter-

vencionista, no princípio do século XX. De fato, a concepção liberal da economia dominou todo o século XIX e início do século XX, quando a Primeira Guerra Mundial e, uma década depois, o *crack* da Bolsa de Nova Iorque culminaram na derrocada do modelo liberal e no advento de modelos substitutivos, dentre eles o modelo do *Welfare State*, e os modelos socialista e nazi-fascista.

O fracasso do modelo liberal levou à conclusão de que o Estado não poderia ser um Estado "guarda-noturno", mas um Estado atuante no domínio econômico, intervindo neste para manter a economia de forma ordenada, visando à consecução de determinados fins, impossíveis de se conseguir em um modelo caótico como terminou sendo o modelo liberal, já que a "mão invisível" do mercado não fora suficientemente eficaz para garantir uma boa ordenação da economia capitalista.

Era, portanto, necessária a ordenação estatal do fenômeno econômico e na maioria dos casos, buscou-se isso através de uma constituição econômica formal. Foi o que ocorreu com o México, em 1917, e com a Alemanha, em 1919, com a famosa Constituição de *Weimar*, que disciplinava a ordem econômica com os princípios do Estado social.

E o que vem a ser essa constituição econômica formal?

A constituição formal é justamente aquele documento escrito solene, emanado de um poder constituinte democraticamente legitimado que intencionalmente manifesta a vontade de emanar um ato constituinte, de acordo com um procedimento específico.²⁹ Após concretizada a feitura de tal documento, deve ele ter duas outras características essenciais a uma carta constitucional: a supralegalidade e a imutabilidade relativa de suas disposições.³⁰

29 J. J. G. Cancilho, *ob. cit.*, p. 66.

30 P. Ferreira, *ob. cit.*, p. 66-64.

A constituição econômica formal é, portanto, a parte deste documento solene que trata dos aspectos fundamentais da ordem econômica. Entretanto, as resistências à adoção de uma constituição econômica formal terminaram tornando muitas das normas desta meras diretrizes ou normas programáticas, como mais comumente são denominadas.

Em verdade, a norma programática equivale a uma diretriz constitucional, como na idéia de Dworkin, que chama de diretriz "al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado."³¹ Foi uma saída que encontraram os liberais de permitir uma "constitucionalização simbólica"³² de normas econômicas sem proceder a uma concretização prática destas, pois tais normas teriam um caráter de programa a ser levado adiante pelo Estado, sem um compromisso de se garantir a imediata eficácia dessas normas.

Com essas normas programáticas, o Estado social não cumpriu suas pretensões de gerar o bem-estar social com a intervenção no domínio econômico. Antes tornou-se uma espécie de Estado social "conservador"³³, pois a concretização do princípio da igualdade e da justiça social ficou apenas num plano teórico-formal, tendo pouco ou nenhum reflexo prático. Na maioria dos seus preceitos, portanto, a constituição econômica formal foi mesmo uma constituição simbólica, em oposição aos preceitos políticos que constituíam a constituição normativa.³⁴

No entanto, não podemos dizer que foi de todo ineficaz a existência de uma constituição econômica formal. Muitos dos progressos econômicos e da justiça social que se conseguiram levar adiante no século XX foram fruto de tais disposições normativas. Se não foi possível dar

31 R. Dworkin, *ob. cit.*, p. 72.

32 M. Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994.

33 P. Bonavides, *Teoria do Estado*, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1995, p. 226-229.

efetividade a muitas das normas, pelo menos se pôde colocar um entrave a um desrespeito explícito a elas, pois se estavam na lei maior, não lhes poderíamos ter uma atuação estatal contrária, embora não tivessem tal atuação a favor de sua concretização, como seria dever do Estado.

Podemos afirmar, portanto, que nem sempre se verificou uma ineficácia normativa, mas uma eficácia reduzida.

4. Princípios constitucionais econômicos

Após termos estabelecido as noções básicas de princípio e de constituição econômica, adentremos agora em uma análise dos princípios constitucionais econômicos.

Os princípios fundamentais da constituição econômica têm variado no tempo e no espaço e também de acordo com a orientação política e ideológica adotada. Tais princípios não são os mesmos no Estado liberal, no Estado social e no Estado socialista, por exemplo, para não falar no Estado totalitário fascista, e mesmo entre os Estados tipificados especificamente em uma das modalidades referidas, é possível encontrar inúmeras diferenças em relação aos princípios constitucionais econômicos que adotam.

No Estado liberal o princípio constitucional econômico por excelência é o princípio da liberdade de iniciativa e de concorrência. Tal princípio só esbarra nos limites fáticos, pois o liberalismo não lhe impõe limites normativos, tendo mesmo Adam Smith defendido que qualquer dos regimes de governo (monarquia, aristocracia e

34 M. Neves, "Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder", *Anuário do Mestrado em Direito*, nº 7, Recife, UFPE, 1995, p. 290.

democracia) serviam, desde que "permitissem sem restrições a livre concorrência"³⁵.

A ingerência do Estado no domínio econômico era vista com desconfiança e o próprio Estado considerado como um mal necessário, devendo, pois, limitar-se à defesa externa e à manutenção da ordem interna.

No Estado social não tivemos abolido o princípio da liberdade de iniciativa e de concorrência, mas tal princípio perdeu o seu caráter absoluto para dar lugar ao condicionamento social das liberdades capitalistas, ou seja, tais liberdades permaneceriam preservadas, desde que promovessem o bem-estar social. Se não o fizessem, ensejariam a presença estatal em tal segmento, pois o Estado deixaria de ser um mero "guarda-noturno" para se tornar um agente promotor de justiça social, justificando, para cumprir tal função, uma intervenção direta ou indireta no domínio econômico, não mais exclusividade da classe empresarial capitalista.

No Estado socialista os princípios de liberdade de iniciativa e de concorrência, e, por conseguinte, a propriedade privada, são bastante restringidos, ficando adstritos à economia de pequeno porte, enquanto os meios de produção, ou seja, a macroeconomia deveria estar socializada (em verdade, na maioria dos casos, verificou-se uma mera estatização, não uma socialização, como se apregoara). Tivemos, portanto, como princípios fundamentais desses Estados a igualdade, a socialização dos meios de produção, o planejamento econômico tendo em vista o interesse social, dentre outros.

O Estado totalitário fascista tinha por princípio fundamental da economia a produção voltada para os interesses do próprio Estado. Não tinha por finalidade a li-

35 F. Neumann, *ob. cit.*, p. 284.

berdade individual ou o bem-estar social, pois estes só existiriam na medida em que servissem para a promoção do Estado e do líder (*Führer, Duce*, etc.). Os princípios econômicos só existiam, portanto, na medida em que serviam aos detentores do poder totalitário.³⁶

No momento atual, para muitos chamado de pós-modernidade, com a globalização e o advento da ideologia neoliberal, os Estados passam por grandes transformações e indefinições. O discurso do livre mercado e da abertura dos países ao livre comércio ganha muita força, especialmente com a derrocada dos regimes socialistas do leste europeu e da ex-União Soviética. No entanto, tal discurso pode se tornar uma verdadeira armadilha para os países subdesenvolvidos, que assistem às nações desenvolvidas apregoando esse discurso para eles, mas essas mesmas nações mantêm firmes e fortes princípios como o da soberania nacional econômica, promovendo políticas extremamente protecionistas quanto aos seus próprios mercados. Um bom exemplo é a própria nação norte-americana. Os Estados Unidos da América estão entre os mais árdios defensores de um livre mercado mundial, mas quando se trata do seu próprio mercado interno, é um dos países mais protecionistas do mundo. O Prof. Eros Roberto Grau, em excelente artigo intitulado "O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação"³⁷, nos dá vários exemplos concretos do protecionismo norte-americano, principalmente em relação à tecnologia japonesa, por vezes ameaçando a indústria nacional norte-americana. Os países subdesenvolvidos deveriam, portanto, ser mais cautelosos em relação a esse discurso, algo que efetivamente não vem acontecendo nesses países, entre os quais se inclui o nosso.

36 *Cf. idem, ibidem*, p. 268-277.

37 E. R. Grau, "O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação", *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 59-75.

5. Bibliografia:

- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- DAVID, René. *O Direito Inglês*, Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DWORKIN, Ronald. "El Modelo de las Normas", *Los Derechos en Serio*, 2 ed. Barcelona: Ariel, p.1989, 61-145.
- FERREIRA, Pinto. *A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional (Revisão e Emenda)*. 3. ed. Recife: SOPECE, 1994.
- GALGANO, Francesco. *Las Instituciones de la Economía Capitalista*. Barcelona: Ariel, p.1990, p.31-52.
- GRAU, Eros Roberto. "O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação", *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p.59-75.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 4. ed. Trad. Walter Stöner Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. "Interpretação e Concepções Atuais dos Direitos do Homem", *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*. Foz do Iguaçu: 1994. p.535-545.
- NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- NEVES, Marcelo. "Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder." *In: Anuário do Mestrado em Direito*, nº 7, Recife: UFPE, 1995. p.275-300.
- _____. *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRANACIONAL

Carlos Alberto Berriel Pessanha

Juiz de Direito Substituto de 3ª. Entrância. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Professor Adjunto de Direito Processual Penal II da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE; Professor de Direito Processual Penal do Bureau Jurídico.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A integração Latino-Americana. 2.1. A democracia capitalista. 2.2. A origem da integração Latino-Americana. 2.3. Evolução histórica do conceito de soberania. 3. O direito de integração e o direito comunitário. 3.1. Os pactos e tratados integrativos. 3.2. O direito comunitário. 4. A integração legislativa e judiciária do Mercosul. 4.1. A necessidade de mecanismos de solução de conflitos. 4.2. Considerações sobre as soluções dos conflitos. 5. A previsão de solução de controvérsias no Mercosul. 5.1. A evolução do sistema de solução de controvérsias no Mercosul. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Pretende o presente tratar de alguns aspectos ligados à necessidade de criação de um Tribunal de Justiça Supranacional, para a solução de conflitos gerados na área dos interesses dos Estados que compõem o Mercosul.

E para tanto, tornou-se necessário que o fenômeno mundial da integração dos países em blocos econômicos fosse estudada, levando-se inicialmente em conta a experiência no continente europeu e depois, na América latina.

A democracia é o maior incentivador da formação das comunidades, e o interesse comercial coloca o sistema capitalista em evidência, a ponto de alguns autores referirem-se a uma nova democracia, uma "democracia

capitalista” em que os interesses privados prevaleceriam aos interesses sociais.

Com isso, a soberania, em parte, pareceu ameaçada em seu conceito mais puro, porém, ao mostrar a evolução que o termo tem sofrido, chega-se à conclusão de que o seu conceito hoje deve ser o mais democrático possível, e que a outorga de parte dos poderes soberanos não torna o Estado enfraquecido, pelo contrário, a união dos países em blocos significa o fortalecimento das nações para a defesa de seus interesses.

A integração dos povos tem conseqüências sociais e jurídicas, sendo a principal de todas o reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos internos dos países da necessidade da mesma, com o nascimento de um novo ramo de direito, o direito comunitário, nascido dos pactos e tratados e reconhecido e aplicado posteriormente, com prevalência ao direito interno que o contraste.

A necessidade de criação de um órgão próprio para a solução das controvérsias a de supraestatalidade, passa necessariamente pelo conhecimento da experiência européia, com seu Parlamento e seu Tribunal de Justiça comunitários.

Já existe no âmbito do Mercado Comum do Cone Sul, chamado Mercosul, previsão de Tratado e Protocolos, de formas próprias para a solução dos conflitos que possam surgir entre os Estados-membros, ou mesmo, entre estes e os particulares, sejam pessoas físicas ou pessoas jurídicas, formas estas que procuram sempre estabelecer a prioridade das soluções negociadas ou internas, contemplando em caso de alguma inconformidade com a recomendação originada pela controvérsia submetida, o recurso a um Tribunal Arbitral *Ad Hoc* que, por sua vez, já tem sua formação, estrutura e funcionamento previstos.

A atualidade do tema traz grande dificuldade com relação a monografias, obrigando a um estudo quase que constante de artigos e revistas especializadas, uma vez que o tema é fascinante e requer maior aprofundamento.

2. A integração Latino-Americana.

Com o fenômeno social e econômico da globalização, o Brasil, seguindo as tendências mundiais mais modernas, quando da elaboração de sua atual Constituição, procurou logo inserir em seu Título I, em que prescreve seus princípios fundamentais, no artigo 4º, parágrafo único, o interesse de integração dos povos latino-americanos e deu um grande passo na direção da formação de um mercado comum.

Esse direcionamento no sentido de formar uma comunidade latino-americana, tratado como princípio, deixou bem claro que os objetivos da proposta constitucional brasileira são bastante ambiciosos, devendo seguir os passos e as metas de integração da Comunidade Européia.

Já assinalava o Prof. Thierry Bourgoinnie¹, que os signatários do Tratado de Roma, “*au départ d'une conception productiviste du système de marché, n'ont guère perçu le besoin de promouvoir les intérêts des consommateurs, sinon comme le sous-produit de la préoccupation communautaire essentielle qui consiste à accroître les échanges de biens et de services entre les pays membres de la Communauté*”, deixando transparecer a certeza de que no âmbito do Mercosul, infelizmente, essa mesma preocupação de defesa dos interesses dos países membros se apresenta incomparavelmente menor do que entre os países da Comunidade Econômica Européia.

1 Thierry Bourgoinnie, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, pp. 100-101.

Lá, como se sabe, além de uma consciência europeia já bastante desenvolvida e amadurecida há décadas no sentido de uma proteção efetiva aos nacionais e aos seus direitos, prevalece a proteção aos interesses jurídicos e econômicos comunitários.

Desde o Tratado de Maastricht, de 07 de fevereiro de 1992, as três Comunidades Europeias são parte integrante da União Europeia, à qual têm precedido, sendo mesmo o passo fundamental para a evolução até a atual Comunidade Europeia, e para a criação de uma justiça própria.

Na idéia de criação de uma Comunidade Europeia, a primeira tentativa foi a de construir uma Europa segundo o modelo norte-americano, ou melhor, um modelo Federal, ao estilo de um "Estados Unidos da Europa"; no entanto, tal idéia não prosperou por vários motivos, apesar da criação em 05 de setembro de 1949, do Conselho da Europa, simples organização de cooperação sem maiores poderes. Então, o grande problema se apresentava na hora de concretizar uma integração política, já que se chocava com as soberanias nacionais.

Uma das características mais marcantes das tentativas de integração europeia é, sem sombra de dúvida, a participação efetiva dos cidadãos europeus no funcionamento da Comunidade, quer através do Parlamento Europeu, quer através do Comitê Econômico e Social. O Parlamento Europeu é uma das Instituições de controle do conjunto institucional comunitário, composto de 626 membros, divididos em nove grupos políticos, que representam todas as vertentes políticas dos Estados-membros, sempre eleitos por sufrágio universal e voto direto.

2.1 A democracia capitalista

Segundo o Prof. Haroldo Pabst, o "crescimento dos tratados de comércio, das integrações regionais e acordos econômicos entre países de um continente, ao que parece, torna irreversível o fenômeno da globalização, e está levando o homem a rever e a reavaliar seus conceitos de política e economia"; assim, esse fenômeno deverá trazer grandes modificações nas instituições internas tradicionais de cada Estado-membro, exercendo grande influência principalmente nas instituições políticas e sociais tradicionais do Estado e da própria família.

A Prof.^a Maristela Basso, diretora executiva da Associação Brasileira de Estudos da Integração, citada pelo Dr. Eduardo Varela, após uma profunda análise do termo "democracia capitalista", diz que o termo é uma "analogia imperfeita entre o axioma da democracia clássica de que todo o poder emana do povo e o alicerce do capitalismo, ou seja, a propriedade privada dos fatores de produção. "A representatividade dos países, assim, não repousaria numa relação de igualdade tal como histórica e filosoficamente tem-se pensado, mas sim, na democracia política.

Também é cedo para que se verifiquem choques de soberania; o Mercosul apenas adquiriu recentemente uma personalidade jurídica, e não se sabe se transformará as relações de poder, que em cada um dos Estados-membros legitimam a existência dos aparatos institucionais que o compõem".

- direcionamento contemporâneo, que atribui às relações de mercado uma importância muitas vezes maior que às sociais, determina uma alteração jurídica nos

sistemas internacionais. A queda de fronteiras econômicas e a formação de blocos regionais poderão impor alguns golpes na nacionalidade de alguns países, fazendo com que se adaptem a novos tempos, distintos na história social de cada um deles, e que sejam revistos alguns conceitos pétreos, como o de democracia, que deverá passar a ser encarado como uma democracia capitalista, aberta aos interesses econômicos comunitários.

2.3 A origem da integração Latino-Americana

No ano de 1986, o Brasil e a Argentina, através de seus Presidentes José Sarney e Alfonsín, respectivamente, assinavam a Ata para a integração Argentino-Brasileira, que instituiu o programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), com o objetivo de se iniciar um espaço econômico, com a abertura gradativa e seletiva de seus respectivos mercados.

Em 1988, os dois países decidiram solidificar o acordo anterior e assinaram o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, demonstrando a intenção de solidificar aquele espaço comum, por meio de uma liberação comercial com a eliminação de obstáculos tarifários e não-tarifários ao comércio de bens e serviços, além da harmonização de políticas macroeconômicas para a região.

A partir da iniciativa constitucional brasileira, foi dado início, em 29 de novembro de 1991, com o chamado Tratado de Assunção, aos preparativos para abertura dos caminhos internacionais a serem seguidos pelo Brasil e pelos demais países do chamado cone sul, Argentina, Uruguai e Paraguai, signatários do referido tratado, com a finalidade específica de criar zonas de livre co-

mércio latino-americano, gerando-se então, um movimento constante de modificação de alguns antigos conceitos, como por exemplo o de soberania.

2.4 Evolução histórica do conceito de soberania

Historicamente, a soberania teve o seu início na Grécia, onde o Estado se sobrepondo ao indivíduo, satisfazia todas as necessidades do cidadão. Os gregos tinham no Estado sua única forma de sociedade; era a soberania, porém, sem esse nome.

Na Idade Média, quando a Igreja começou a se confrontar com o Estado, apresentando um poder próprio, contrapondo-se ao poder político centrado no imperador, que era considerado o soberano, o representante de Deus, centralizador de todo e qualquer poder, coube então aos reis franceses, que internamente lutavam contra os senhores feudais e externamente contra o Santo Império Romano e a autoridade Papal, a consolidação da autoridade real, unificando o povo francês sob uma só coroa, iniciando-se então o que hoje conhecemos como soberania².

Ainda naquela época, soberania resumia-se ao poder que o rei detinha pelo simples fato de ser o rei, e a soberania não era um poder vinculado ao rei, o rei era o soberano.

A evolução do conceito de soberania, segundo o Prof. Wilson Accioli, envolve uma origem eminentemente histórica, marcando por consequência, várias etapas até chegar à significação atual³.

Na doutrina clássica francesa, nascida dos ideais da

² Esther Bueno Soares, *Mercosul: Desenvolvimento Histórico*, p. 1-5.

³ Wilson Accioli, *Teoria Geral do Estado*, p. 102.

revolução, em que o povo substituiu o rei, a soberania tinha como características próprias a unidade, a indivisibilidade e a imprescritibilidade.

Rousseau disse que a soberania é inalienável, pois, representa o exercício de uma vontade geral e indivisível, visto que a vontade ou é geral ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte⁴

Sendo a soberania uma qualidade de supremacia do poder, e esse poder pertencente ao povo, o seu exercício somente se dará, em nome do próprio povo, através de atos de seus representantes, legitimamente eleitos e autorizados pelo ordenamento jurídico interno; é a mesma impregnada de uma certa índole política, devendo ser utilizada sempre que estiverem em jogo interesses sociais coletivos.

O termo Soberania é oriundo do latim *super omnia, supremitas*, daí o francês *souveraineté*; para o Prof. De Plácido e Silva, o termo é oriundo do baixo latim *superanus*, e este de *super* (sobre, em cima), ou de *supernus* (superior), designa a qualidade do que é soberano ou possui autoridade suprema. É o poderio supremo ou o poder sobre todos.

Este momento histórico da humanidade, quando globalização se apresenta num movimento constante dirigido para a mundialização⁵, que implica reconhecer um processo de diminuição dos óbices comerciais e das fronteiras alfandegárias, aproximando espaços geográficos, produtos e interesses coletivos, faz também com que se conviva com pluralidade de ordenamentos jurídicos, que na maioria das vezes não podem ultrapassar os limites da jurisdição nacional, surgindo então a necessidade de se antever

4 Rousseau, O Contrato social, p.33-35.

5 Antonio Carlos Viana Santos, Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul, p. 23-38.

uma outra categoria de ordenamento ou mesmo de instituição, se não supranacional, pelo menos, plurinacional.

3. O direito da integração e o direito comunitário

Sabe-se que a criação de institutos de integração econômica definidos como zonas de livre comércio, uniões aduaneiras, mercados comuns e comunidades econômicas exige a produção de instrumentos jurídicos específicos em plano metaconstitucional, que durante o período embrionário e evolutivo do processo integrativo poderá receber de forma genérica a denominação de Direito de Integração, servindo como ramo disciplinar especialmente voltado à realização daquelas modalidades integrativas e a seu regular desenvolvimento.

3.1 Os pactos e tratados integrativos

Dos pactos e tratados integrativos deflui o Direito da Integração como um ramo do Direito Público Internacional, um produto jurídico consensual, nascido da vontade dos países pactuantes, que exerciam poderes outorgados pelos seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Em consequência, passavam esses países a conviver com dois planos jurídicos, um interno, baseado na coerção e outro internacional, baseado na pactuação, na voluntariedade.

A partir da Comunidade Econômica Européia formou-se um ramo jurídico inteiramente novo, destacado do Direito de Integração, nascido da pactuação internacional, efetivando-se num seguimento do direito interno dos Estados-membros, chamado Direito Comunitário.

3.2 O Direito Comunitário

Dotado de autonomia disciplinar, por força de seus princípios específicos e métodos próprios, o Direito Comunitário apresenta como sua característica mais marcante o fato de não ser um direito interno, nem mesmo, um direito internacional, mas ser "um direito próprio dos Estados-membros, tanto quanto o seu direito nacional", coroando a hierarquia normativa de todos eles, conforme sentença proferida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, no caso *COSTA versus ENEL*.

Segundo a Dr.^a Maria Teresa Cárcamo Lobo, a partir do julgamento acima "a Corte de Luxemburgo não tem cessado de afirmar e desenvolver o princípio do primado essencial, absoluto e incondicional do direito comunitário, por força de sua natureza específica, uma vez que esse primado deriva dos Tratados, e não das Constituições nacionais".⁶

4. A integração legislativa e judiciária do Mercosul

Tomando por base a experiência do processo europeu de integração, chega-se à conclusão de que para a formação de uma comunidade nos moldes que se afigura o Mercosul, deve-se levar em conta, em primeiro lugar, a necessidade de uma reformulação e reorganização da estrutura econômica dos Estados-membros, tendo em vista que o processo de além fronteiras é irreversível, consistindo, mesmo, numa realidade histórica. Em segundo lugar, é preciso atentar para o fato de que a estratégia de formação de blocos econômicos pressupõe necessaria-

mente a reformulação da organização política interna, com passagem obrigatória pela construção de um novo ordenamento jurídico que busque integrar também ao ordenamento interno o direito comunitário, bem como de novas formas de administrar e resolver os conflitos de interesses, inequentes às atividades humanas, de forma a assegurar a executividade e afetividade que vierem a ser tomadas, nos limites dos interesses comunitários conflitantes.

4.1 A necessidade de pacificação dos conflitos

Deve-se então, concluir que a integração da América Latina, que se avizinha, tem que passar pela criação de um ordenamento jurídico comunitário, de efetividade supranacional que, nas matérias específicas de interesse da comunidade, em caso de incompatibilidade com o direito interno nacional, sobre o mesmo tenha prevalência. Faz-se necessário, também, criar formas de garantia da executividade e mecanismos de aplicação compulsória e coercitiva das decisões proferidas nas situações conflitivas comunitárias, para que se assegure, acima de tudo, o cumprimento do direito declarado.

A necessidade de criação de mecanismos jurídicos que assegurem o funcionamento das instituições gregárias, mesmo durante o processo de sua formação, como no caso de comunidades formadas por Estados soberanos, é decorrência da própria atividade humana e a solução de seus possíveis conflitos é precaução salutar.

4.2 A solução dos conflitos na Comunidade Européia

Esta comunidade, já solidificada a ponto de idealizar a circulação de uma moeda única, tem uma estrutura própria, composta basicamente de cinco órgãos: o Con-

⁶ Maria Teresa Cárcamo Lobo. *A Ordem Jurídica Comunitária*, p. 12.

selho, que representa os interesses dos Estados-membros; a Comissão, que representa os interesses da Comunidade; o Parlamento, que zela pelos interesses dos povos e dos Estados; o Tribunal de Contas e o Tribunal de Justiça, que no dizer do Prof. Belloso Martín, representa "el principio del Estado de derecho".

Ainda o professor Belloso Martín esclarece que *"como puede observarse, el reparto de las funciones entre las cuatro instituciones no corresponde al esquema estatal heredado de Montesquieu, en lo cual el Parlamento es el legislador, el gobierno el ejecutivo y los jueces ejercen el poder jurisdiccional. En la Comunidad, el homólogo del poder legislativo corresponde al Consejo, el poder presupuestario está compartido, el Parlamento europeo puede derrocar a la Comisión, pero no al Consejo. Además, si la Comisión, en el principio, es el ejecutivo, el Consejo acumula las funciones legislativa, ejecutiva y gubernamental"*⁷.

Assim, a comunidade europeia, depois de ultrapassar a fase de um tribunal arbitral, optou pela criação de uma instituição com jurisdição própria, com características supranacionais, pois, nas jurisdições internacionais, prevalecem os princípios da jurisdição voluntária, v. g. a jurisdição do Tribunal Internacional de Haia, ao contrário da jurisdição interna dos Estados, onde prevalecem os princípios da coerção e da obrigatoriedade.

A justiça comunitária europeia diferencia-se das jurisdições internacionais, principalmente por seu caráter de ser uma "jurisdição obrigatória", e mais, o Tribunal de Justiça Comunitário julga as causas em que também os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, têm interesses e

capacidade para postular diretamente, além de que as decisões do Tribunal de Justiça Comunitário têm eficácia e força executiva no território de todos os Estados-membros e as sentenças que condenam os particulares são executadas sob o império da soberania das autoridades nacionais.

Acima de tudo, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia é deveras importante, pois, não só deve garantir o respeito, como também, a unidade de aplicação do direito comunitário, derivando-se daí, entre outras, quatro funções específicas, que são:

- a) função de justiça administrativa;
- b) função de justiça constitucional;
- c) função de justiça reguladora, e
- d) função de justiça internacional

Segundo ainda o Prof. Belloso Martín, *"el sistema judicial comunitario tiene un valor especial por el hecho de que el Tribunal de Justicia no es ni un simple órgano judicial (como el Tribunal Internacional de Justicia - art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas-), ni siquiera únicamente una autoridad judicial sino que se presenta como un auténtico poder judicial comunitario"*.

Depreende-se daí, que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia não funciona como um julgador estranho ao nacional que às suas decisões se submete, um órgão supranacional, mas sim, um órgão com jurisdição plurinacional, composto de parte da soberania do Estado de origem daquela pessoa jurídica de Direito Público, e ainda, um Tribunal aplicador de um direito comunitário, nascido da pactuação inicial entre Estados soberanos, autorizados pelos seus ordenamentos jurídicos internos, para defesa de interesses dos seus povos, agora integrados naquela comunidade.

⁷ Nuria Belloso Martín, Comunidades Europeas, Union Europea y Justicia comunitaria, p. 271-277.

5. As soluções de controvérsias no MERCOSUL

O atual estágio de formação do Mercado Comum do Cone Sul não suscita maiores preocupações com as possíveis soluções de controvérsias, principalmente no que se refere aos particulares. Assim, o Tratado de Assunção, logo depois complementado com o Protocolo de Brasília, já considera, apesar de ser ainda, incipiente, uma forma voluntária de dirimir os possíveis conflitos.

O Prof. Olavo Baptista considera que a opção por uma montagem de um sistema de solução de controvérsias, "implica uma prévia escolha entre dois aspectos: o do alcance do sistema e o de sua função⁹".

A referida escolha depende evidentemente do grau de integração desejado pelos Estados-membros. Ainda, segundo o professor acima referido "*os sistemas políticos vêem-se forçados a criar um subsistema que satisfaça a necessidade – essencial para sua continuação e existência – de adjudicar as controvérsias inevitáveis, pela aplicação concreta das normas que esse mesmo sistema político adotou como suas, exprimindo-as perante a sociedade*".

- verdadeiro alcance do sistema de solução de controvérsias criado para o Mercosul, segundo o Dr. Eduardo Varela⁹, terá ainda várias rodadas de negociação política, até chegar à criação de um Tribunal de Justiça, propriamente dito.

⁹ Luiz Olavo Baptista, Solução de divergências no Mercosul, p. 155-157.

5.1 A evolução do sistema no Mercosul.

Tendo sua previsão inicial no anexo III do Tratado de Assunção, a solução das controvérsias surgidas entre os Estados-membros ocorreria mediante negociação direta entre os mesmos, e, se acaso persistisse o impasse, esse seria submetido à apreciação do Grupo de Mercado Comum que, no prazo máximo de sessenta dias, formularia as recomendações pertinentes à solução, podendo a instituição interessada convocar especialistas ou grupos de peritos para seu assessoramento.

A Dr^a. Maria Teresa Cárcamo Lobo¹⁰ explica que em caso de persistência do impasse, o problema seria levado ao Conselho de Mercado Comum, principal órgão para emissão das recomendações necessárias.

Assim, tentar-se-ia, inicialmente, resolver o impasse pelo sistema de negociações diretas, contínuas, porém, em caso de insucesso desse mecanismo, qualquer dos Estados-membros poderia comunicar à Secretaria Administrativa do Mercosul a intenção de recorrer ao procedimento arbitral.

O procedimento seria interposto perante um Tribunal Arbitral *ad Hoc*, que teria a composição de três árbitros, designados um por cada Estado-membro em confronto e um terceiro árbitro que não poderia ser nacional de nenhum dos países em conflito, designado de comum acordo, ou por sorteio, numa lista décupla, de indicação dos Estados-membros, que exerceria a presidência do Tribunal Arbitral, no qual todos devem ser juristas de reconhecida competência.

Mais tarde, o Protocolo de Ouro Preto modificou o procedimento para a solução das controvérsias em maté-

⁹ Eduardo Varela, Mercosul, Economia e Justiça, p. 22 – 25.

¹⁰ Maria Teresa Cárcamo Lobo, A Ordem Jurídica Comunitária, p. 12 – 15.

ria comercial, instituindo a remessa à Comissão de Comércio do Mercosul, para a solução do impasse, através de reclamação formulada diretamente pelos Estados-partes ou particulares, pessoas físicas ou jurídicas, perante as Seções Nacionais daquela Instituição.

6. As nossas Conclusões

Ao que parece, o Mercosul, apesar de já se encontrar dotado de personalidade jurídica de direito público internacional, ainda se encontra muito distante da criação de um Tribunal de Justiça para a solução de possíveis controvérsias, seja entre os Estados-membros, ou mesmo entre os particulares, pois, na realidade, o Mercosul, ainda não existe como um verdadeiro Mercado Comum.

Ademais, faltam-lhe órgãos próprios para a criação das normas jurídicas que deverão ser aplicadas em defesa dos interesses dos Estados-membros ou mesmo dos nacionais. Vale dizer, a criação do verdadeiro Direito Comunitário, com regras, não supranacionais, mas, plurinacionais, nascidas dos acordos e tratados voluntários, soberanamente celebrados ou ratificados.

Além do mais, a criação de um Tribunal Justiça Supranacional, além de ser por demais oneroso, depende da criação de órgão legislativo próprio, ficando bastante claro que a idéia prevalecente nos meios políticos dos Estados-membros é de que se devem buscar mecanismos mais simples e menos dispendiosos para a solução dos problemas, vencendo, por hora, a tese de manutenção da voluntariedade e consensualidade ora existentes.

Até que o Mercosul se consolide, deverá prevalecer o sistema atual, que prevê inicialmente a solução por negociações diretas, com possibilidade de recurso ao Tri-

bunal Arbitral *Ad Hoc*, e que, diga-se de passagem, vale como iniciativa inovadora, esperando-se bons resultados na solução particular dos poucos conflitos porventura surgidos, devendo ainda, ser realizado um trabalho profícuo e competente de difusão e utilização do sistema arbitral, sobretudo agora, que o ordenamento jurídico pátrio também o reconhece.

Bibliografia

- ACCIOLI, Wilson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Solução de divergências no Mercosul*. Revista de Informação Legislativa. – Brasília: v.31, n.º 124, out./dez., 1994.
- BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. E. Story-Scientia, 1988.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. 1ª. Ed. – São Paulo; Ed. Julex Livros Ltda., 1989.
- LOBO, Maria Teresa Cárcamo. *A Ordem Jurídica Comunitária*. Revista *In Verbis* (Órgão Oficial do Instituto dos Magistrados do Brasil). Rio de Janeiro, – 2, n.º. 08, 1997.
- MARTÍN, Nuria Beloso. *Comunidades Europeas, Unión Europea y Justicia comunitaria*. Revista de Informação Legislativa. Brasília – a. 34, n.º. 133, jan./mar., 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Tradução Antônio de Pádua Danesi 3 ed. – São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.
- SANTOS, Antonio Carlos Viana. *Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul*. Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas –

nº 16 – Série Internacional IV – Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas; São Paulo, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

SOARES, Esther Bueno. *MERCOSUL: desenvolvimento histórico*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1997.

VARELA, Eduardo. *Mercosul, Economia e Justiça*. Revista InVerbis (Órgão Oficial do Instituto dos Magistrados do Brasil) – n.º. 08, ano 02 – Rio de Janeiro.

OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Claudia Oliveira Pachú
Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A necessidade de reforma do Sistema Processual Penal brasileiro. 3. O caráter "aberto" dos sistemas dos Juizados Especiais Criminais. 4. Os Juizados Especiais Criminais e seus princípios informadores. 4.1. Introdução. 4.2. O princípio da oralidade. 4.3. O princípio da informalidade. 4.4. Os princípios da economia processual e da celeridade. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema do presente trabalho partiu da necessidade de questionamento dos princípios gerais informativos do sistema processual dos Juizados Especiais Criminais, em face do sistema processual do Código de Processo Penal Brasileiro. O processo e o procedimento adotados neste pareciam não mais atender à imensa conflituosidade de uma sociedade de massa. Era preciso pensar um novo paradigma de processo, procedimento e justiça criminal que não se limitassem a dar uma solução formal para os conflitos sociais, mas antes restaurassem, efetivamente, a paz social.

O Estado, como único detentor do poder jurisdicional, isto é, como o ente capaz de decidir imperativamente e

impor decisões, persegue três finalidades básicas no exercício deste poder, conforme a doutrina processual moderna. Estas são: "a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)" (cfr. GRINOVER, 1994:25).

Torna-se claro que os escopos de ordem político-social mencionados acima estiveram presentes quando da elaboração da Lei 9.099/95, pois o Estado ofereceu uma oportunidade de participação ativa dos indivíduos na tomada de decisões no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, instituindo uma justiça criminal consensual e, portanto, participativa.

A importância do tema reside no fato de os princípios constituírem-se em materialização dos valores sociais e políticos de uma determinada sociedade em um espaço temporal determinado. Assim, o estudo dos princípios estruturantes do processo permitem ao intérprete das normas legais dar uma interpretação condizente com a materialização dos valores sociais e políticos vigentes na sociedade, servindo como um elo de ligação entre a realidade social dinâmica e a realidade normativa estática.

A aplicação mais ativa de determinados princípios, como o da oralidade, da informalidade, da celeridade e da economia processual e a mitigação de outros princípios vigorantes no Código de Processo Penal brasileiro, servem como subsídio para avaliar as diferenças e semelhanças deste para com o dos Juizados Especiais Criminais e assim dizer, até que ponto, ocorreram modificações no direito processual penal brasileiro.

Logicamente, o estudo comparativo desses dois sistemas leva a afirmar a existência de um novo paradigma processual. O Direito objetivo do Estado se abre para uma nova perspectiva de Justiça, sendo esta mais participativa, democrática e consensual. A implantação desse novo modelo de justiça processual se justifica pela crise por que passa o direito processual penal brasileiro, representado pela sua incapacidade de garantir aos indivíduos o acesso à justiça.

O trabalho prioriza o método comparativo, uma vez que parte da análise dos princípios e normas consagrados pela Lei Nº 9.099/95, que institui no Brasil os Juizados Especiais Criminais, em confronto como os princípios e normas do Código de Processo Penal Brasileiro, em vigor há mais de meio século.

2. A necessidade de reforma do sistema processual penal brasileiro

O nosso sistema processual penal não tem tido um bom desempenho na sua tarefa precípua imediata de servir como instrumento de pacificação social. O seu formalismo excessivo, aliado à sua morosidade, tem feito que o mesmo seja visto como uma engrenagem que necessita de reparos. E, dessa necessidade, foi que surgiu no nosso País a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Já não era possível a completa passividade diante de tantas mazelas que o faziam agonizavam. O Estado, detentor quase exclusivo do *jus puniendi*, parece estar falhando numa missão tão vital para a manutenção da paz social. As pessoas, muitas vezes, têm preferido recorrer à autotutela a recorrerem à jurisdição estatal. (cfr. GRINOVER, 1994:26).

As causas que levaram o processo penal a se tornar um instrumento insuficiente de pacificação social são muitas, podendo ser citadas, dentre outras: formalidades excessivas, o excesso de previsão de recursos, morosidade. Esses fatores, portanto, dificultam o acesso à justiça por meio do processo. Tais dificuldades têm sido motivo de preocupações entre os processualistas modernos. Discutem-se maneiras de abrandar tais imperfeições, visualizadas, perfeitamente, pela sociedade.

Diante da necessidade de se criarem mecanismos que garantam mais eficazmente a pacificação social, é que surgem as correntes alternativas¹, propondo uma maior participação da sociedade no âmbito da resolução dos conflitos. A prevalência da "alternatividade" no processo dos Juizados Especiais Criminais pode ser comprovada pela instituição de quatro medidas despenalizadoras, isto é, "medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão". São elas: "1ª) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública, condicionada, havendo composição civil resulta extinta a punibilidade (art. 74, § único); 2ª) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa) (art. 76); 3ª) as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação (art. 88); 4ª) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano, permitem a suspensão condicional do processo (art. 89)" (GRINOVER, 1996:18-9).

Portanto, mencionadas tentativas de despenalização se coadunam com a corrente político-criminal atual, qual

seja, a Política Criminal Alternativa. Esta pugna por uma reformulação geral do sistema penal. E, enquanto isso não for possível, afirma a necessidade da realização de um largo projeto de descriminalização, despenalização e desjudicialização, sendo esta, segundo Araújo Júnior (1991:71), denominada pela Política Criminal Alternativa de processo de socialização alternativo, cujo objetivo consiste em transferir do Estado para a comunidade a função de controle em relação às condutas desviadas de natureza leve. Este movimento parte da premissa da necessidade de se criarem meios alternativos de controle social, na prevenção do crime. É claro, portanto, o caráter instrumentalista que norteou a elaboração da Lei nº 9.099/95.

Tal fato leva-nos a considerar que existe uma contraposição, uma discordância dos fundamentos filosóficos, jurídicos e políticos que nortearam a elaboração da Lei retro mencionada e o sistema processual penal até então adotado pelo Brasil. Seja nos aspectos penais, seja nos processuais-penais são visíveis as inovações de ordem básica. Porém, essas inovações não representam a superação do modelo processual adotado pelo Brasil, mas antes, representam uma tentativa de conciliação entre o "alternativo", o "comunitário" e o Estatal.

O modelo lógico-formal adotado pelo positivismo jurídico na área processual parece representar, no entender dos adeptos do movimento alternativo, um modelo que precisa ser superado, diante da sua ineficiência, como forma de pacificação social. Daí, os Juizados Especiais Criminais surgirem como uma alternativa de melhora da Justiça Penal-Processual, muito embora isso possa ter levado a uma mitigação de certos princípios processuais constitucionais. No entanto, não podemos falar de uma

¹ Por correntes alternativas compreendemos aqui as doutrinas que propugnam por uma nova visão do processo penal, reivindicando a introdução de mudanças no processo, bem como no que diz respeito à aplicação das penas, com a absorção, por parte do sistema processual penal, das denominadas penas alternativas.

ruptura total de paradigmas, mas apenas de abrandamentos de um rigoroso tecnicismo jurídico.

Os adeptos das vertentes alternativas processuais se preocupam bastante com o princípio maior do Direito, qual seja, a justiça. Devido a esta preocupação e conhecedores de que nem sempre o cumprimento das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional (GRINOVER, 1994:27)). Os meios alternativos principais de pacificação social são: a conciliação e o arbitramento.

A técnica da conciliação era prevista no nosso sistema processual penal apenas para os crimes contra a honra, nos casos em que a ação penal fosse exclusivamente privada, nos termos dos arts. 520 a 522 do Código de Processo Penal. Cabe ressaltar, todavia, que mencionada tentativa de conciliação era procedida quando já havia sido instaurada a relação jurídica processual. Portanto, tal conciliação era endoprocessual e acarretava o arquivamento dos autos e o fim do processo. Pela orientação da Lei dos Juizados Especiais Criminais há uma ampliação da jurisdição consensual. Pois, outrora, tal técnica era considerada, em regra, inadmissível, em virtude da indisponibilidade da liberdade corporal e da regra *nulla poena sine lege*, prevista na ordem constitucional brasileira (GRINOVER, 1994:28). No entanto, a Constituição de 1988, apesar de garantir mencionados princípios, afirmou a possibilidade de conciliação nas infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme o disposto no art. 98, inc. I, *in verbis*:

"Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

A conciliação, prevista pela Lei 9.099, de 26.09.1995 é, preferencialmente, extraprocessual, pois visa a evitar a instauração da relação jurídica processual. Esta possibilidade de conciliação antes do processo representa uma conquista de terreno de enorme importância para a jurisdição consensual. Esta se mostra como uma tendência processual moderna. A não instauração de processo representa uma economia de trabalho, dinheiro e tempo. Contudo, é preciso não olvidar que esta conciliação pode ocorrer, também, dentro do processo.

A conciliação extraprocessual, conforme nos informa Grinover (1994:28-9), faz parte da tradição brasileira, envolvendo a atuação dos antigos juízes de paz e os promotores de justiça nas comarcas interioranas, ganhando especial alento com a "onda renovatória" destinada à solução das pequenas causas. "Foram inicialmente os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, instituídos pelos juízes gaúchos; depois os Juizados Informais de Conciliação, criados em São Paulo para tentar somente a conciliação de pessoas em conflito sem nada julgar em caso de não conseguir conciliá-las [...]. Na Constituição de 1988, é prevista a restauração da antiga Justiça de Paz, com 'atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional' (art. 98, inc. II)."

A autocomposição, realizada por meio da conciliação, torna-se inadmissível nos casos de conflitos envolvendo "direitos da personalidade", tais como: a vida, a incolumidade física, a liberdade, a honra, propriedade intelectual, intimidade, estado, etc. Tais hipóteses são denominadas de indisponibilidade objetiva. Quando tal autocomposição se dá, ocorre a criação de um novo preceito jurídico concreto, advindo da vontade das partes ou de apenas uma delas, substituindo validamente a vontade da lei ordinária, isto é, suprimindo a atividade do juiz de subsunção legal (cfr. GRINOVER, 1994:30).

Com a entrada em vigor da Lei Nº 9.099/95, houve a autorização efetiva da possibilidade da autocomposição ocorrer mesmo no âmbito de matéria criminal quando, em geral, há a proteção de valores sociais importantes, no que se refere ao dano causado à comunidade. Portanto, como já foi dito anteriormente, houve uma mitigação do princípio da *nulla poena sine iudicio*, ou seja, do princípio de direito que enuncia a proibição da aplicação de qualquer pena sem a realização anterior de um processo. Como afirma Grinover (1996:14), a "aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, antes mesmo do oferecimento da acusação, não só rompe o sistema tradicional da *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita a aplicação da pena, sem antes discutir a questão da culpabilidade". O art. 72 da Lei 9.099/95 enuncia:

"Art. 72. Na audiência preliminar, [...], o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade."

O princípio da obrigatoriedade da ação penal sofreu mitigação. Este possui por conteúdo o poder-dever dos órgãos estatais incumbidos da persecução criminal de não

poderem dispor da persecução penal. Assim, Ministério Público, representado pelos Promotores de Justiça e Delegados de Polícia não podem se escusar de intentar, respectivamente, a ação penal e o inquérito policial. Cabe ressaltar as exceções: quando se tratar de crime de ação penal privada, as partes podem dispor do conteúdo material do processo, através do perdão, da preempção e da desistência. Nos crimes de ação pública condicionada à representação, o poder dispositivo, ou seja, o poder de exercer ou não seus direitos, especialmente nos casos dos crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 221 do Código Penal), somente poderá ser exercido se a ofendida se casar com o agente, caso em que se extinguirá a punibilidade, ou se a vítima se casar com terceiro, não requerendo o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração, caso o crime não tenha sido cometido com violência real ou grave ameaça, conforme o disposto no art. 107, VIII, da Lei Nº 7.209/84, que reformou a parte geral do Código Penal brasileiro (cfr. TOURINHO FILHO, 1994:46).

Com a Lei 9.099/95 o Ministério Público passou a gozar de uma certa discricionariedade no que diz respeito ao ajuizamento da ação penal. Agora, o Ministério Público poderá, ao invés de oferecer denúncia contra o "autor do fato", limitar-se, nas ações públicas condicionadas à representação, quando esta houver sido feita, e nas ações públicas incondicionadas, quando não for caso de arquivamento, a apresentar proposta de transação penal, na qual propõe a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (cfr. art. 76, caput, da mencionada Lei). De acordo com Jesus (1996:75), apesar disso, permanecem como regra, em nossa legislação, os princípios da indisponibi-

lidade e da obrigatoriedade da ação penal pública. A transação, prevista no art. 76, com fundamento no princípio da "discricionariedade regulada", apresenta-se como exceção à regra, atenuada pelo controle jurisdicional. Mazzilli (1989:104) também afirma que houve uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em virtude da previsão na Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I, que instituiu os juizados especiais, da competência dos mesmos para a conciliação em infrações penais de menor potencial ofensivo e, ainda, para a transação, nos casos a serem previstos em lei. Outra também não é a posição de Grinover (1996:18), quando afirma que houve uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade) com a quebra do inflexível princípio da obrigatoriedade da ação penal. "Doravante, temos que aprender a conviver também com o princípio da discricionariedade (regrada) na ação penal pública".

3. O caráter "aberto" do sistema dos Juizados Especiais Criminais

Começaremos abordando a questão do significado do sistema aplicado ao conjunto de normas norteadoras do processo penal brasileiro, pois o termo "sistema" não é unívoco, mas sim plurívoco. E, assim, cabe esclarecer, preliminarmente, em que sentido este termo será empregado neste trabalho. Já advertia Ferraz Júnior (1976:8) desta necessidade ao afirmar que "há no termo sistema uma plurabilidade de sentidos que torna a investigação equívoca, se não for esclarecida de antemão". Fala-se em sistema processual penal, uma vez que esse não se constitui de um emaranhado de normas desorganizadas, mas antes obedecem, até certo ponto, a uma certa lógica.

Especialmente no que se refere ao sistema processual, este é representado, basicamente, pelos princípios que informam à elaboração normativa. Com isto, no entanto, não pretendemos afirmar o conceito de sistema nos moldes do idealismo jusnaturalista, nem nos moldes do positivismo normativo. Aqui, o termo sistema é empregado no seu significado de base, ou seja, como "um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário" (Warat apud NEVES, 1988:2).

Barros (1987:10) informa que os "fenômenos processuais penais devem ser representados por um sistema de conceitos obtidos nas normas vigentes internas, sem prejuízos de compará-las qualitativa, local e temporalmente, com normas reguladoras de outros setores da realidade [...] que "tem importância para demonstrar a essência e formação das atuais manifestações, adaptação delas ao momento de sua vigência e sua perfeição para o futuro". Percebemos, assim, que Barros, apesar de não descartar, totalmente, as preocupações com a realidade que ultrapassa os meros conceitos obtidos através do método dedutivo, ressalta, hegemonicamente, a visão introspectiva em detrimento de uma perspectiva instrumentalista do sistema processual penal. Grinover (1994:43) denomina esta fase do direito processual como "autonomista" ou "conceitual". Nesta, há toda uma preocupação por parte daquele em conseguir uma autonomia científica. Daí porque as "grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos" nesta fase (ibidem). O conceito de sistema, nessa fase, era um conceito positivista e, portanto, hermético.

Porém, conforme Grinover (1994:43) esta fase do direito processual foi superada por uma fase denominada "instrumentalista", que se encontra em curso, marcada

por uma abordagem crítica do sistema processual. Esta se caracteriza por uma conscientização dos processualistas do elevado grau de elaboração técnico-dogmática de sua ciência e, nas falhas deste, na consecução de seu objetivo primordial de produzir justiça entre os membros da sociedade.

“É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juizes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária.” (GRINOVER, 1994:43).

A passagem da utilização de um método dedutivo para um de crítica sócio-política do sistema, adveio como consequência, primordialmente, do estudo das “grandes matrizes constitucionais do sistema processual” (cfr. GRINOVER, 1994:43-4). O emprego deste novo método, crítico por natureza, permitiu a eclosão de novas idéias e valores. Tal renovação se encontra representada nessa fase por três sucessivas ondas renovatórias, a saber: a) na primeira, houve uma preocupação em garantir a melhoria da assistência judiciária aos necessitados; b) a segunda preocupou-se em tutelar os interesses supra-individuais (em especial, os interesses difusos e coletivos); c) enquanto na terceira, prevalecem preocupações de ordem finalística diversas, no tocante à exteriorização do processo, como, por exemplo, simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc. (ibidem, 44).

É dentro dessa terceira fase que podemos situar a iniciativa de instituir no ordenamento jurídico brasileiro os Juizados Especiais Criminais, pois nestes, percebemos, nitidamente, uma sobreposição dos aspectos finalísticos sobre os aspectos puramente formais. Já não está em discussão a garantia da autonomia científica do direito processual, pois este já se firmou como ciência e, portanto, há uma abertura para a crítica do sistema, o que permitiu aos processualistas modernos desprenderem-se da preocupação de construir um sistema nos moldes exigidos pelo positivismo jurídico para assegurar-lhe o qualificativo de “cientificidade”. Era a supervalorização do método dedutivo em detrimento do uso de outros métodos. Isto ocasionou um distanciamento da realidade normativa processual-penal da realidade social, com a gradual perda da efetividade do processo, ou seja, do cumprimento de seu objetivo precípuo, qual seja: eliminação de conflitos com justiça.

Além do mais, urge falar do acesso à justiça, denominada pela doutrina processual brasileira de “acesso à ordem jurídica justa”, uma vez que esta é a idéia principal que perpassa toda a dogmática jurídica processual moderna. Esta idéia se faz presente por meio de princípios e garantias elaborados com vista à consecução desta idéia. (cfr. GRINOVER, 1994:33)

“O acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos) [aqui poderíamos menci-

onar, especificamente, infrações penais de menor potencial ofensivo]; mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.”(ibidem).

A partir da definição do sistema processual como o conjunto de princípios e normas que objetivam realizar a jurisdição (GRINOVER, 1994:48) é que abordaremos, no capítulo seguinte, os princípios informativos dos Juizados Especiais Criminais.

4. Os Juizados Especiais Criminais e seus princípios informativos

4.1 Introdução

Tentar-se-á, no presente capítulo, compreender a dogmática dos Juizados Especiais Criminais através da análise dos seus princípios, pois estes podem revelar o que há de particular no sistema dos Juizados Especiais Criminais. Os princípios permitem detectar os valores e interesses preponderantes em um determinado sistema, constituindo um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Daí, advém a importância do estudo dos mesmos neste trabalho.

4.2 O princípio da oralidade

Este princípio encontra-se relacionado ao procedimento, ou seja, “à soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica” (GRINOVER, 1994:319), no que se refere à forma de manifestação dos atos processuais (linguagem), que neste procedimento se dá, principalmente, através da palavra falada.

Conforme Santos (1992:87), no sentido próprio, procedimento oral compreenderia aquele em que todos os atos praticados no processo fossem produzidos oralmente, na presença do Juiz. No entanto, hodiernamente, se emprega o termo para denominar o procedimento em que há predominância da linguagem falada para expressão dos atos essenciais do processo. Não há, porém, exclusão total da linguagem escrita.

Portanto, o princípio da oralidade informa o procedimento oral, juntamente com outros a ele intimamente relacionados, a saber: a) princípio da imediatidade, ou da imediação, ou da imediatidade da relação do juiz com as partes; b) princípio da identidade física do juiz; c) princípio da concentração processual; d) princípio da irrecorribilidade das interlocutórias.

Depreende-se, do que foi exposto acima, que o princípio da oralidade, juntamente com os demais princípios consecutórios deste, não foi abraçado totalmente pelo Código de Processo Penal de 1941, visto que apenas encontramos episódios esporádicos de aplicação do mesmo. Neste sentido, afirma Mirabete (1994:45) que “na nossa legislação processual penal ainda se mantêm as regras do procedimento escrito, com pálios episódios decorrentes da oralidade e concentração. O Código de Processo Penal também não consagra o princípio da identidade física do Juiz, nem mesmo nos processos sumários [...]” (cfr. BARROS, 1987:42-3; TOURINHO FILHO, 1994:58-9).

Os Juizados Especiais Criminais, previstos pelo art. 98, inc. I, da Constituição Federal de 1988, adotaram, porém, o procedimento oral. Assim, o art. 62 da Lei 9.099/95, coerente com o texto constitucional, previu o princípio da oralidade, bem como os princípios da informalidade

de, economia processual e celeridade, como norteadores de todas as atividades desenvolvidas nestes.

Apesar da Lei utilizar a denominação "critérios" ao invés de "princípios", não creio que por isso deva haver uma modificação do entendimento no sentido de que não se trata de princípios, mas sim, de "critérios". Dinamarco comentando a Lei 7.244/84, das Pequenas Causas Cíveis, que no seu art. 2º consagrava os mesmos princípios da Lei atual, afirma: "Não se trata de criar uma nova principiologia, pois o processo de pequenas causas insere-se no contexto de um processo civil já existente, com as suas tradições e seus princípios já consagrados - expressões de um mundo cultural e das preferências axiológicas nelas desenvolvidas e instaladas. Bem por isso é que, deliberadamente, a lei fala em critérios informativos do novo processo, evitando apresentar princípios que supostamente fossem de sua exclusividade". (apud GRINOVER, 1996:61-2). Portanto, a utilização do vocábulo "critérios", ao invés de "princípios" prende-se mais à necessidade de evitarem-se equívocos na interpretação da mencionada Lei.

O princípio da oralidade perpassa, de forma cabal, toda a dogmática do Juizado Especial Criminal, o que não ocorre, como já foi dito anteriormente, no Código de Processo Penal de 1941, em que só encontramos a aplicação desse princípio e de seus corolários na fase de julgamento dos crimes de competência do júri (arts. 442 a 497). (cfr. BARROS, 1987:43).

São exemplos da consagração do princípio da oralidade no processo do Juizado Especial Criminal: a) previsão da lavratura de um termo circunstanciado ao invés da instauração de inquérito policial, no qual era exigida a formação de autos (cfr., respectivamente, os arts., 69, ca-

put da Lei 9.099/95 e art. 10 do Código de Processo Penal); b) previsão de registros escritos apenas para os atos essenciais, podendo os atos realizados em audiência de instrução e julgamento ser gravados em fita magnética ou equivalente (art. 65, § 3º, da Lei 9.099/95); c) fase preliminar, eminentemente oral, inclusive com possibilidade de representação verbal pelo ofendido (art. 75, caput da mesma Lei); d) acusação oral (art. 77, caput, e § 3º); e) defesa oral, apresentada antes do recebimento da denúncia ou queixa (art. 81, caput); f) as provas, debates entre as partes e a sentença são orais, ficando consignado apenas no termo um breve resumo dos fatos essenciais ocorridos na audiência (art. 81, caput e parágrafos) (cfr. GRINOVER, 1996:68-9).

O princípio da concentração, corolário da oralidade, também está amparado pela Lei 9.099/95, que prevê uma única audiência na fase preliminar e se, por acaso, houver instauração de processo, mesmo após a realização desta, haverá uma única audiência no procedimento sumaríssimo (ibidem). Isso permite, via de regra, também, a consagração dos princípios da imediatidade do Juiz com as partes, bem como do princípio da identidade física do Juiz.

4.3. O princípio da informalidade

Este princípio informativo do Juizado Especial Criminal requer a "deformalização"² dos processos nos Juizados Especiais Criminais, visando a dar celeridade aos mesmos. O Direito Processual moderno não compactua com formalismos, pois estes são empecilhos para que se obtenha um

² Vale ressaltar que o emprego do termo informalidade não quer dizer ausência de formas no processo, pois como sabemos isso é inconcebível, mas sim, simplificação das mesmas, com a consequente celeridade do processo.

processo que cumpra, efetivamente, com seu objetivo mediato, qual seja, a pacificação social com justiça.

Cândido Rangel Dinamarco (apud NOGUEIRA, 1996:72) comentando a Lei 7.244/84, que previa os Juizados de Pequenas Causas, lembra que "talvez o maior golpe da simplificação formal do processo das pequenas causas resida na inexistência de autos [...]". Nos Juizados Especiais Criminais talvez seja a inexistência de inquérito policial, substituído por um termo circunstanciado, conforme o art. 69, caput, da Lei 9.099/95.

Assim, embora o princípio da simplicidade não esteja previsto, de forma expressa, para os Juizados Especiais Criminais, é de concluir-se pela sua aplicação, também, nestes (cfr. *ibidem*; GRINOVER: 1996:70).

Podemos visualizar a aplicação destes princípios quando o legislador determinou, no art. 65, § 1º, da mencionada Lei, que não haverá o pronunciamento de qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo. Outro exemplo é dado pela possibilidade de oferecimento da denúncia sem o exame do corpo de delito, admitindo-se a prova da materialidade por meio de boletim médico ou prova equivalente (art. 77, § 1º, da Lei 9.099/95).

A informalidade, como um dos princípios informativos dos Juizados Especiais Criminais, faz-se necessária no novo paradigma de Justiça consensual que vem sendo adotada, gradativamente, no Brasil, bem como em outros Estados, caracterizando-se pela ruptura do modelo ritualista e formalista, até então, adotada no Brasil. A administração da Justiça da maneira formalista e burocrática não vinha obtendo bons resultados na pacificação dos conflitos sociais, daí advindo a necessidade de inovação na processualística penal brasileira, com um processo desformalizado, na medida do possível, para as infrações pe-

nais de menor potencial ofensivo, definidos no art. 61 da Lei 9.099/95.

4.4. O princípio da economia processual e da celeridade

O princípio da economia processual é basilar no sistema dos Juizados Especiais Criminais. Este recomenda "que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais" (cfr. SANTOS, 1991:68). Logo, o procedimento, sumaríssimo, adotado nas infrações penais de menor potencial ofensivo, constitui-se em uma das manifestações do mencionado princípio. No entanto, ele não cessa por aí, estando na base ainda nas seguintes previsões: não instauração de inquérito policial; citação, em regra, no próprio Cartório (art. 66, caput, da Lei 9.099/95); tentativa de não-instauração de processo nos Juizados Especiais Criminais através da composição civil ou da transação penal, dentre tantos outros dispositivos que consagram o princípio da economia processual.

Outros princípios corolários deste são os princípios do aproveitamento dos atos processuais e o princípio da instrumentalidade das formas. Exemplo deste princípio é a regra da não anulabilidade dos atos imperfeitos quando houverem atingido sua finalidade, pois os atos processuais são instrumentos para consecução da prestação jurisdicional e, não, um fim em si mesmos (art. 65, caput, da Lei 9.099/95). Como exemplo do princípio do aproveitamento dos atos processuais é de se mencionar a regra da não-nulidade dos atos processuais quando não tenha havido prejuízo para quaisquer das partes, previsto no art. 65, § 1º, da Lei retro mencionada.

O princípio da economia processual, conforme ensina Grinover (1994:343), informa todo o direito processual, ou seja, todo o sistema de princípios e normas elaborados para o exercício da jurisdição. O que importa notar é que no sistema dos Juizados Especiais Criminais, esse princípio pode ser encontrado mais intensamente do que no atual sistema do Código de Processo Penal brasileiro.

5. Conclusões

É notória a necessidade de renovação do Código de Processo Penal brasileiro, pois este não mais se coaduna com a política criminal atual, bem como com as exigências de uma sociedade que vive intensos conflitos. A engenharia processual não se mostra apta a resolver, nem mesmo formalmente, a grande gama de conflitos sociais da sociedade brasileira e, assim, garantir a pacificação social.

Dessa insuficiência do direito processual penal brasileiro adveio a necessidade de implantação de um novo modelo de processo, implantado pelos Juizados Especiais Criminais, com base em valores sociais e políticos diversos do sistema do Código de Processo Penal, o que acarretou a aplicação mais efetiva de certos princípios e a mitigação de outros.

6. Bibliografia

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. "Os grandes movimentos da política criminal de nossos tempos-aspectos", in *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do proces-*

- so penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Univ. São Paulo, 1976.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1994.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1996.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 1994.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12ª ed. atual. Nos termos da Constituição Federal de 1988. - São Paulo: Saraiva, 1992. Vol. 3
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. rev. e atual., principalmente em face da Constituição de 5.10.1988. - São Paulo: Saraiva, 1994; Vol. 1.

DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO

Claudio Souto

*Professor Titular Emérito de Sociologia do Direito da UFPE,
Doutor e Livre-Docente em Direito pela UFPE e Doutor em
Ciências Sociais pela Universidade de Bielefeld (Alemanha).*

Por possível caráter ubiqüitário do direito entende-se aqui que o direito pode ocorrer em qualquer espaço e não apenas no espaço estatal. E que o jurídico se pode manifestar por qualquer forma de comunicação e não necessariamente por normas ou decisões do Estado, ou de um grupo determinado.

Para que se admita essa possível natureza ubiqüitária, é preciso aceitar que o direito seja essencialmente conteúdo e não essencialmente forma de manifestação impositiva de qualquer conteúdo. Pois, neste último caso, eliminar-se-ia, por um dogmatismo formal, a possibilidade de qualquer discussão acadêmica substantiva. Esta última postura pode ser apresentada logicamente, mas decerto não é uma perspectiva científica em qualquer sentido substancial.

Será porém lastimável que a própria teoria sociológica do direito não tenha atingido uma substantividade conceitual quanto ao jurídico, perturbando-se com isso, severamente, a construção rigorosa de proposições científicas.

Embora não haja maior conscientização sobre esse assunto nos meios acadêmicos internacionais, parece ur-

gir que se tente superar essa situação de subdesenvolvimento teórico. Subdesenvolvimento teórico esse com conseqüências evidentes para a prática que vá determinar o que é e o que não é, substantivamente, um conteúdo jurídico.

O cientista social do direito, que não se subordina, em sua livre atividade investigadora, a qualquer dogma, a qualquer coisa que se considere indiscutível, poderá procurar a realidade substancial do que se chame "direito" onde quer que seja, por exemplo, na rua, ou no Supremo Tribunal Federal.

Examinemos, sumariamente, esses dois pólos extremos de possível manifestação do jurídico, um deles muito informal e o outro formalíssimo.

1. Sobre o direito achado na rua

Há quem estranhe que se encontre direito na rua: direito seria coisa das leis do Estado e de sua interpretação e aplicação por operadores oficiais, em nível jurisdicional ou administrativo. Assim, em última análise, o lugar do direito seria o foro, nunca a rua, esta local um tanto amorfo e por vezes emocional.

Ninguém nega que o direito possa ser achado no foro. Mas lá não se acha necessariamente. Basta lembrar que há leis desatualizadas no conhecimento que as informa, e, não obstante, continuam a ser aplicadas por juízes também desatualizados no seu saber.

Se direito é alguma coisa de necessariamente séria e segura, o conhecimento que o informe haverá de ser seguro pela sua testabilidade através da observação controlada. Pouco importará que a rua não entenda desse controle observacional. Ele será critério para saber-se

se é jurídico o que se encontre na rua — ou em qualquer outro lugar.

A medicina das ervas está na rua, embora a rua não saiba do controle formal dos seus efeitos. Mas se a medicina das ervas cura, que pode a ciência médica oficial senão confirmá-lo pela observação rigorosamente controlada, observação essa que a rua não possui, embora tenha as ervas, por vezes tão efetivas?

Na verdade, a rua não entende de critérios científicos de constatação, mas sabe, pela mera atividade observacional simples, dos efeitos básicos de uma determinada fitoterapia.

De maneira análoga, a rua não conhece um critério científico-substantivo do direito, mas percebe e sente a necessidade de saúde, de alimentação, de moradia, de trabalho, de educação e aspira por tudo isso, procurando a satisfação dessas necessidades universais, que intui como prerrogativas — direitos, pois — indispensáveis à vida e seu desenvolvimento. Que resta, então, a uma ciência biológica ou psicológica senão reconhecer que sem a satisfação, pelo menos mínima, dessas necessidades não há vida humana ou desenvolvimento dessa vida humana?

De fato, a conservação, como padrão biológico, é não só individual, mas da espécie. Para essa conservação é preciso, nos termos do art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, saúde, que implica alimentação, vestuário, habitação, assistência médica, segurança (no desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, etc.).

Ora, o direito correspondente a essas necessidades fundamentais, se encontra na rua ou em qualquer lugar. Está gritantemente, em nosso país, na rua.

Porque na rua é onde se encontram os excluídos, arremessados sobre as calçadas por uma economia capitalista de lucro que está longe de beneficiar a todos. E quem diz tacitamente que esse direito está nas ruas — pois o afirma quanto a qualquer lugar — é a mencionada Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, tendo sido o Brasil signatário, a qual reconhece expressamente aquelas necessidades de todo ser humano como prerrogativas jurídicas.

Essas necessidades da rua serão prerrogativas jurídicas para uma ciência social do direito porque correspondem à informação científica do sentimento de agradabilidade do homem normal (ou sentimento diante do que se acha que deve ser).

Na verdade, se o direito — quer objetivamente considerado como norma, quer subjetivamente visto como prerrogativa — é algo de sério, será essencialmente conteúdo, substância. Conteúdo, substância, a expressar-se por *qualquer forma de manifestação*, nem que esta seja a simples palavra escrita ou oral. A rua é, pois, uma das maneiras de manifestação do direito.

Mas que conteúdo, que substância, será universalmente jurídico? Em relação a qualquer cultura, esse conteúdo será o que corresponder ao conhecimento geral empiricamente (faticamente) comprovável, informando o sentimento humano normal de agradabilidade. Nas culturas “civilizadas” tal comprovabilidade será metodológico-cientificamente sofisticada como critério de segurança do conhecimento.

Evidentemente não se está afirmando que direito seja igual a conhecimento científico-empírico. Está-se apenas dizendo que direito é algo que necessariamente se infor-

ma de conhecimento geral de qualquer origem, popular ou não, testado ou testável pela observação controlada da ciência, pois com essa testabilidade torna-se viável obter-se o conhecimento geral menos inseguro possível ou menos distorcido possível. Qual será, na verdade, o saber que informe o que se chame de “direito”: conhecimento menos torto ou conhecimento distorcido?

As fontes de produção do jurídico são sempre plurais, populares ou não. Todavia, numa época científica e tecnológica como a nossa, se direito for algo relativo intrinsecamente a racionalidade e a justiça, o critério de juridicidade será unificado: consonância com a ciência empírica e com o sentimento de agradabilidade do homem normal (sentimento de justiça ou de justeza), por trás do qual se encontra, como sua infra-estrutura, o poderoso impulso de conservação individual e da espécie.

O mais poderá ser moral ou equidade, de origem popular ou não, se a consonância do conhecimento que informe o sentimento de agradabilidade for com a metaciência (filosófica, ideológica, religiosa), no caso da moral, ou com a aferição adequada das circunstâncias particulares de um caso concreto, em se tratando da equidade.

Porém na rua não se encontra apenas o direito dos excluídos — ou de quem quer que seja —, mas também o torto dos excluídos — ou de quem quer que seja. Pois na rua está, por exemplo, o torto dos assassinatos, dos espancamentos, dos estupros, dos linchamentos sumários.

Com efeito, exclusão social não é sinônimo de angelitude, como, do mesmo modo, o estatal também não o é.

Em termos de observação tanto quanto possível despreconcebida dos fatos, não há como mitificar nem o Estado, nem a rua. Mas essa mesma observação despreconcebida constata que a rua é palco dramático, sobretudo

nos países periféricos, de necessidades humanas básicas não atendidas pelo Estado e pela sociedade e, portanto, palco sombrio de direitos negados por ação ou omissão.

De fato, o Estado, expressão formal dos poderes econômico e político, e a rua, expressão informal do que é popular, são, em si mesmos, formas neutras de manifestação de qualquer conteúdo normativo. Assim, podem manifestar tanto o direito, como o torto.

Já a sabedoria popular nos indica — e a lição é sempre atual — que o hábito (a vestimenta religiosa) não faz o monge.

Não nos envergonhemos então do direito achado na rua, ou em qualquer outro lugar, só porque não tem o aparato exterior das coisas do Estado. É expressão legitimamente humana, reconhecida pela ciência e pelo sentimento.

2. Em lugar tradicional, o achado não-usual: sobre o direito contra a lei encontrado no Supremo

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, bem antes da Constituição de 1988, já afirmava, de maneira clara, sobre o concubinato, *efeitos jurídicos vivos*. De fato, para o Supremo Tribunal, como escreveu o Ministro Relator Aliomar Baleeiro, “já está superada a divergência jurisprudencial sobre os efeitos do concubinato, quando há efetiva prestação de serviços da companheira ao concubinário ou sociedade de fato entre ambos” — isso apesar de que “a ordem jurídica ignora o concubinato”. (Baleeiro, 1974:108 e 109)

Exemplificamos essa orientação do Supremo Tribunal Federal com Recurso Extraordinário em que o Rela-

tor, Ministro Adalício Nogueira, pauta o seu voto pela Súmula 380, consoante a qual “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Ora, esse modo de decidir se pode lastrear com conhecimento científico-empírico de todo explícito, e.g., o de que não se reduz a gratificação meramente física a união humana duradoura dos sexos, mas corresponde a necessidades de segurança e de afeto, sendo, pois, contra a realidade das coisas desconhecer dogmaticamente quaisquer efeitos jurídicos a essa sociedade de fato.

Ou, como já se lê do inventário de descobertas científicas de Berelson e Steiner: “Embora a base para a motivação sexual seja fisiológica, não há sociedade conhecida na qual a freqüência ou a forma do comportamento sexual humano seja determinada somente por fatores fisiológicos (...) A gratificação física no comportamento sexual está intimamente ligada com gratificações psicológicas profundas: a necessidade de segurança, sentimentos de valia pessoal, sentimentos de poder, a garantia de ser amado e amável”. (Berelson e Steiner, 1964:198)

Com essa decisão o próprio Supremo Tribunal Federal do Brasil se aproximou pioneiramente de uma postura *contra legem* — se bem que não de maneira explícita —, ao reconhecer ao concubinato, num momento em que este era ignorado pelo sistema legal brasileiro, efeitos jurídicos.

Desde a célebre Súmula 380, se admite, como se viu, entre os concubinos, a dissolução judicial de sua sociedade de fato, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Essa noção de uma sociedade de fato ao arpejo da lei é, decerto, implicitamente sociológica, ca-

Em nosso país tem sido intensa pelo menos a divulgação pela mídia de informações sobre relações sexuais e AIDS, e isso ao alcance de todos, inclusive de crianças e adolescentes.

Decisões judiciais *contra legem* como a que acabamos de mencionar, decerto são claramente alternativas com respeito à legislação estatal. Mais que um simples uso alternativo (outro uso) dessa legislação estatal, tem-se aí a alternatividade de um conteúdo normativo oposto ao de uma norma estatal.

Representam porém tais decisões uma alternatividade jurídica?

A resposta racional não se poderá limitar a uma questão de forma, em um formalismo grupal (tão formalístico quanto o formalismo estatal), mas será basicamente uma questão de conteúdo, de substância. Racionalmente não se poderá dizer "é direito porque é estatal" ou que "é direito porque é aceito como tal pelo grupo".

Se o direito for tido como algo necessariamente racional, não poderá sê-lo, nas sociedades civilizadas, sem uma informação científico-empírica, sempre que disponível esta informação. Porque o conhecimento científico-empírico é o menos inseguro de que se pode dispor e todos reconhecem que um objetivo fundamental do direito é a segurança.

Por outro lado, se o direito for considerado algo necessariamente justo, não pode deixar de constituir-se do sentimento de justiça — ou sentimento de agradabilidade do homem normal diante do que acha que deve ser.

Esses seriam os parâmetros fundamentais para a caracterização substantiva de uma alternatividade como sendo jurídica. De outro modo, se incidiria no irracionalismo de algo ser "direito" só porque é estatal ou só porque

é grupal-majoritário. No irracionalismo, portanto, de um formalismo estatal ou grupal (sobre uma substantividade jusalternativa, cf. Souto, 1997:89-137).

Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. "Recurso Extraordinário 68.952-SP, de 27.4.1973". *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Supremo Tribunal Federal, 70 (outubro), pp. 108 e 109, 1974.

BELLEY, Jean-Guy. "Côntrôle Social". In *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud, pp. 112-116. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

BERELSON, Bernard e STEINER, Gary A. *Human Behavior, An Inventory of Scientific Findings*. Nova York, Chicago, Burlingame: Harcourt, Brace & World, Inc., 1964.

O'LEARY, Sally e CHENEY, Barbara (orgs.). *A Tripla Ameaça, Mulheres e AIDS: dossiê Panos*. Trad. Ana Dourado. Rio de Janeiro: ABIA, Recife: SOS Corpo, Londres, Inglaterra: Panos Institute, 1993.

SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: Uma Fundamentação Substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

JUSTIÇA, VIDA E CORAGEM*

Dário Rocha

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco; Professor da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Diretor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape.

Prezados concluintes:

A escola nem sempre nos foi risonha e franca, como pretendiam os velhos manuais. Nem sempre nos ensinam coisas essenciais de vida e de amor, preocupados os mestres em nos passarem erudições e virtuosidades, umas tantas inutilidades e outras tantas desnecessidades. A mim, por exemplo, por quatro anos ensinaram grego antigo, por anos tercei armas com uma indecifrável tábua de logaritmos, e por muito tempo fiquei pensando que a menor distância entre dois pontos era a reta, simplesmente porque esqueceram de dizer-me que essa ficção matemática não se coaduna com o universo curvo de Einstein.

Também não nos ensinam nunca a ouvir estrelas (e reprenderão todos, como a Bilac, "ora direis, ouvir estrelas, certo perdeste o senso tresloucado amigo"). Não nos ensinam a contemplar o bailado das ondas ("são ondas mesmo ou bailarinas que a bailar se despetalam"). - Não nos ensinam a submergir numa boa leitura (e por isso mesmo há quem consiga ler Paulo Coelho e esquecer Joyce, Isabel Allende ou mesmo Eça). - Não nos ensinam

* Discurso no encerramento de curso de preparação à magistratura, na esmape, em 20.02.99)

os Noturnos de Chopin (e por isso suportamos timbaldas e timbaleiros) - Não nos ensinam a pesquisar a imensidão dos nossos segredos interiores (e por isso ficamos fazendo essas viagens rudimentares que vão das partículas sub-atômicas da Física Quântica até o macrocosmo do universo em expansão — e então nos consideramos cosmólogos). Ora, Senhores, não nos ensinam sequer a depositar na face da mulher amada aquela carícia impossível...

Diante disso e frente à realidade dos nossos caminhos (tanta vez estreitos e íngremes) nos perguntamos: estou preparado para a vida? Filosoficamente, eticamente, tecnicamente preparado para a única coisa significativa que pode ser objeto de nossa empírica gnoseologia?

Este é um desses momentos de interrogação. E se esta solenidade não tiver, implicitamente, esta pergunta, perderá grande parte de sua significação, para se fazer, talvez, símbolo de coisa alguma.

Mas, meus jovens amigos, não esperem agora, nem nunca, uma resposta a essa angústia existencial. Porque essas coisas de viver não têm resposta e nem devem ter pergunta. Acreditem em João Guimarães Rosa que dizia: *"A vida é muito discordada. Tem partes. Tem artes. Tem as neblinas de Siruiz. Tem as caras todas do Cão, e as vertentes do viver"*. Ou, em outra passagem: *"A vida é boba. Depois é ruim. Depois, cansa. Depois, se vadia. Depois a gente quer alguma coisa que viu. Tem medo. Tem raiva de outro. Depois cansa. Depois a vida não é de verdade... Sendo que é formosa"*. Ou ainda o mesmo Rosa: *"O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem"*.

Sem recorrer a chavão retórico, espero que nesta Escola Superior da Magistratura (que engatinha ainda na sua face experimentalista), tenham os senhores aprendido mais que técnicas processuais e artes procedimentais, mais que conceitos e definições, tenham aprendido a coragem para ser aquilo que pretendem: bons juízes. Um dia vocês o serão. E se o forem, que sejam efetivamente bons. Não é preciso coragem para ser juiz; coragem é preciso para ser bom juiz.

Nesta hora fala-se muito na crise do Poder Judiciário, como se o Judiciário enquanto aplicador do Direito, e como se o próprio Direito enquanto conjunto de normas a serem aplicadas, não tivessem em si mesmos a necessidade ontológica de estar sempre em crise. Sim, porque crise é necessidade de mudança, e a ordem jurídica precisa estar em permanente devenir, em mutação constante, para se adequar às emergências e insurgências. Mas hoje, talvez mais que antanho, se toma consciência de que a vida de juiz exige coragem. Não a coragem para a brava ou a insurreição. Mas a coragem coerente com a vocação de juiz, apesar de todos os chamamentos em contrário. O que se exige do juiz é um tipo de coragem axiológica: a coragem de ser justo. Não só pretender ser justo, mas aprender a sê-lo. Já se disse que o bom juiz não é aquele que sabe muito Direito (no sentido de um saber erudito); se souber bem o Direito, isto ajuda!! O bom juiz é aquele que sabe representar a média ética da sociedade e chama para cima essa média. Não julga como se fosse um raciocínio ambulante (da velha tese da concepção silogística da sentença), mas julga com a lógica do razoável, perfazendo o périplo dialético de que fala Cossio, entre o fato e a norma, sem olvidar os valores cambiantes. Inserindo, portanto a Norma em seu tempo e espaço.

Kelsen disse, na sua Teoria Pura, que “não há lacunas porque há juízes”, referindo-se à completeza hermética do Ordenamento. Ele aludia, evidentemente, às lacunas lógicas que nós magistrados suprimos, em face do “non liquet”. Mas acho que é preciso ir além de Kelsen e nos preocuparmos com as lacunas axiológicas, a ponto de podermos dizer: “Não há lacunas axiológicas (vale dizer, não há injustiças) porque há juízes”. Para isso precisamos ter a coragem ética de sair do positivismo delirante que entroniza a lei como fim em si mesmo e rasteja nas interpretações literais ou apenas lógicas, esquecendo a própria teleologia da norma e sua inserção na realidade temporo-espacial de sua circunstância.

Esta a grande lição da hermenêutica dos novos tempos: fazer da justiça (e dos demais valores do plexo axiológico-jurídico) não só uma palavra ou algo eventualmente atingível, mas algo tangível. Na última etapa do Processo, o juiz fica só, porque toda decisão é solitária. Fica só ele e o seu sentido de justiça e equidade, e pensará, como o poeta: “Tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo”. É este o momento da coragem suprema de ser juiz: poder enfim dizer: “fiat justitia, pereat mundus”. - Se assim não for, ser juiz é apenas uma vaidade. Razão terá o texto bíblico: “VAIDADE DAS VAIDADES, TUDO É VAIDADE”, ou como está na Vulgata: “VANITAS VANITATUM, OMNIA VANITAS”; ou, ainda, como se diz naquele grego antigo que me ensinaram à revelia: “MATAIOTES MATAIOTETON TA PANTA MATAIOTES”

Quando eu era jovem, já lá se vão trezentos anos, pensava que a vida se conjugava em três tempos: presente, passado, futuro. Hoje sei, com Gilberto Freyre, que o tempo é tríplice, e sei com Heráclito de Efeso, que a vida é um permanente vir-a-ser. Por isso, tanto quanto cada um

de vocês, meus prezados concluintes, sou um aprendiz de juiz. Trago comigo as ferramentas da coerência, da revolta, da indignação ante a injustiça, da fé no meu irmão. Por isso estou aprendendo a ser justo. E esta solenidade, onde jovens se vestem para as grandes batalhas do Direito, esta solenidade me refaz forças e reanima a alma. Faz-me cada vez mais crente de que fazer justiça é a nossa forma de amar. É preciso coragem para o amor e as consequências do amor.

Repito Guimarães Rosa: “... a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”.

**Parabéns, meus caros amigos
Recebam meu abraço e minha fé.**

SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO

Demócrito Ramos Feinaido Filho
Juiz de Direito em Pernambuco

O contrato de seguro-saúde pode ser definido por envolver a transferência (onerosa e contratual) de riscos futuros à saúde do segurado (consumidor) e seus dependentes, mediante a prestação de assistência médico-hospitalar por meio de entidades "conveniadas" ou do reembolso das despesas. Vem sendo caracterizado, na doutrina e jurisprudência, como serviço prestado por companhia seguradora (ou por empresas bancárias, cooperativas e associações de médicos e outras sociedades civis autorizadas), para fins de aplicação das normas de proteção do CDC.

Como característica principal do seguro-saúde, em ambas as suas modalidades (quer na forma do fornecimento direto de assistência médica, quer na forma de reembolso das despesas), destaca-se o fato de envolver prestações de trato sucessivo. Trata-se de contrato de fazer de

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb.FA 19980014

Local P-01

Ch. 00000008 E

ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA
BIBLIOTECA

longa duração, que se prolonga no tempo, razão porque a moderna doutrina contratual vem identificando os contratos de seguro-saúde no contexto dos "contratos cativos de longa duração" (ou "contratos pós-modernos", como preferem outros).

Essa espécie de contrato caracteriza-se por criar uma "catividade" ou dependência dos clientes desses serviços (consumidores). São contratos que envolvem não uma obrigação de dar (para o fornecedor), mas de fazer; normalmente são serviços privados ou mesmo públicos, autorizados pelo Estado ou privatizados, mas sempre prestados de forma contínua, cuja execução se protraí no tempo. Não são simples contratos de trato sucessivo, pois além da continuidade na prestação, assume destaque o dado da "catividade". Baseiam-se mais numa relação de confiança, surgida do convívio reiterado, gerando expectativas (para o consumidor) da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade dos serviços. O consumidor mantém uma relação de convivência e dependência com o fornecedor por longo tempo (às vezes por anos a fio), movido pela busca de segurança e estabilidade, pois, mesmo diante da possibilidade de mudanças externas na sociedade, tem a expectativa de continuar a receber o objeto contratualmente previsto. Essa finalidade perseguida pelo consumidor faz com que ele fique reduzido a uma posição de cliente- "cativo" do fornecedor. Após anos de convivência, pagando regularmente sua mensalidade e cumprindo outros requisitos contratuais, não mais interessa a ele desvencilhar-se do contrato, mas sim que suas expectativas quanto à qualidade do serviço oferecido, bem como da relação dos custos, sejam mantidas. Também contribui para seu interesse na continuação da relação contratual a circunstância de que esses serviços (de longa

duração) geralmente são oferecidos por um só fornecedor ou por um grupo reduzido de fornecedores, únicos que possuem o poder econômico, o know how ou a autorização estatal que lhes permite colocá-lo (o serviço) no mercado. Nessa condição, a única opção conveniente para o consumidor passa a ser a manutenção da relação contratual.

A peculiaridade desses contratos (de prestação de serviços de longa duração), portanto, fez com que aparecesse a necessidade de um avanço ainda maior na teoria contratual, de forma a proteger os consumidores da relação de dependência que adquirem com o fornecedor. A sociedade de consumo no estágio atual, em que os serviços assumem indiscutível importância, pois passam a ser imprescindíveis para a vida e conforto do homem, fomenta o aparecimento desse tipo contratual, socialmente relevante e merecedor de uma nova disciplina, de modo a fornecer respostas equitativas à nova realidade.

Assim, assumindo o princípio da conservação dos contratos especial destaque nessa modalidade contratual, cuida-se de evitar que o fornecedor libere-se do vínculo contratual, sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante (rescindindo, denunciando, resolvendo o vínculo, cancelando o plano etc.).

Com esse exato propósito é que sobreveio a regra do artigo 22, X (parte final), do Decreto No. 2.181, de 20 de março de 1997 que, complementando a lista de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC, prevê a aplicação de multa ao fornecedor que fizer inserir cláusula que lhe permita, nos contratos de longa duração ou trato sucessivo (inclusive nos que envolvem operação securitária), "o cancelamento sem justa causa ou motivação, mesmo que dada ao consumidor a mesma opção".

Por força dessa norma, passando o contrato de seguro-saúde a vigorar por prazo indeterminado, é nula (por abusiva) a cláusula que confere o direito de rescisão unilateral e sem direito à indenização à outra parte, através de simples pré-aviso pelo interessado. Tal impedimento ao desligamento do vínculo só cede diante de um justo motivo, devidamente comprovado e que impeça a continuidade das relações obrigacionais em plena comutatividade, como aliás está a indicar a própria redação do dispositivo normativo mencionado (art. 22, X, do Dec. 2.181/97).

Em muitas hipóteses, algumas seguradoras, objetivando a quebra do vínculo contratual ainda na vigência do contrato, têm utilizado como causa pretensamente justificadora do cancelamento do vínculo a alegação de exagerada defasagem das mensalidades em relação aos custos de manutenção dos serviços contratualmente assumidos. Pensamos que, em matéria de contrato de seguro-saúde, tal situação, mesmo quando verificada na hipótese concreta, não pode servir como "justa causa" ou motivação que admita o desfazimento do vínculo, até porque ao fornecedor (segurador) fica assegurado o direito de revisão judicial do contrato, como veremos adiante, mais detalhadamente.

Outra questão bastante delicada, no tocante ao tema do contrato de seguro-saúde ou plano de saúde, tem a ver com a forma de convenção dos reajustes contratuais.

No contrato de seguro, como em qualquer outro, as partes podem convencionar o reajustamento dos valores com base em índice adotado oficialmente como padrão de correção monetária. Além dos reajustes que objetivam evitar a defasagem dos preços em função da inflação, também é admissível que se prevejam as situações e momentos determinados no tempo em que podem ser modifica-

dos os valores contratuais inicialmente previstos, para atender à peculiaridade da atividade securitária, que se fundamenta na ciência atuarial, onde os custos são dimensionados em função das condições de riscos do bem segurado. Especificamente no contrato de seguro-saúde, a idade do segurado (e dos seus dependentes, se for o caso) é o fator mais determinante quando se cuida da assunção, pela seguradora, dos riscos futuros à sua saúde (do segurado), uma vez que é estatística e cientificamente comprovada a maior probabilidade de uma pessoa de idade avançada ser mais suscetível às doenças em geral, necessitando, então, utilizar-se dos serviços de assistência médico-hospitalar com mais frequência. Assim, não se afigura ilícita a previsão de modificação dos valores (mensalidades) quando da passagem do usuário para faixa etária mais elevada. É imprescindível, no entanto, que o aumento contratualmente previsto, nessas hipóteses, o seja em percentuais ou fórmulas claramente definidos, de sorte a fornecer antecipadamente ao contratante que suporta a majoração dos valores uma perfeita noção dos ônus que lhe serão carreados em cada etapa contratual. Nesse sentido, a cláusula que impõe aumento na mensalidade, quando o segurado completa nova idade, de acordo com "tabela" que estiver em vigor no momento de seu ingresso em nova faixa etária, é assumidamente abusiva. Limitando-se simplesmente a remeter à tabela, a ser elaborada oportuna e unilateralmente pela seguradora, sem prévia definição do percentual de aumento da mensalidade, como acréscimo para cada ano que completar o segurado, indiretamente entrega-se ao fornecedor (segurador) o poder de variação do preço contratual, sendo nula de pleno direito tal estipulação, nos termos do art. 51, X, do CDC.

Da mesma maneira, também pode ser confortavelmente vislumbrada como abusiva a cláusula que permite uma revisão unilateral dos preços contratados, em caso de aumento nos preços dos insumos e serviços dos setores relacionados com os serviços objeto do contrato.

A revisão do contrato, quando circunstâncias supervenientes altera a situação inicial de equilíbrio, é direito de qualquer uma das partes, daí porque pode o fornecedor (segurador) perseguir esse direito em juízo, quando ocorre uma excessiva onerosidade em função da variação dos custos iniciais. Havendo elevado aumento nos preços dos produtos e serviços médico-hospitalares, em decorrência de circunstâncias imprevisíveis que provocam alterações profundas em alguns setores da economia relacionados com a prestação de assistência à saúde, onerando em demasia as obrigações contratuais inicialmente assumidas pelo fornecedor, pode este perfeitamente invocar a cláusula *rebus sic stantibus* e pedir a revisão judicial do contrato.

O que não pode, no entanto, é prever potencialmente para si o direito de alteração contratual de forma unilateral, na hipótese de variação dos elementos que influenciam os custos de manutenção da prestação dos serviços assumidos. Essa revisão contratual só pode ser feita em juízo, no qual o fornecedor tem de comprovar a quantidade do aumento, para proporcionar ao julgador proceder a uma justa e proporcional majoração das mensalidades. Caso contrário, fica o fornecedor com o poder de apreciar unilateralmente a variação dos custos e decidir, a seu talante, o montante da majoração a ser imprimida ao contrato.

É de fundamental importância e de acentuada conotação sócio-política a aceitação da impossibilidade da re-

visão unilateral dos valores contratuais, de maneira a se evitar sobretudo uma prática comercial irregular que parece dominar o mercado de seguros. Como forma de captação de clientes, as empresas que exploram os serviços de assistência médico-hospitalar oferecem inicialmente baixos valores para os prêmios dos seguros, mas, gradativamente, aumentam esses valores, justamente amparadas no mecanismo contratual que lhes permite, através do superdimensionamento dos custos dos serviços, praticar a majoração dos preços. Essa prática, manifestamente abusiva e ilegal, deve ser combatida e, mais do que isso, devem ser responsabilizadas as empresas que assim se comportam, através da aplicação de pesadas multas. Alguns dos contratos de seguro-saúde oferecidos no mercado conformam-se em verdadeiras armadilhas para o consumidor; além da baixa qualidade dos serviços que efetivamente proporcionam, sujeitam o segurado, quando já cativo e dependente, à vontade suprema do segurador, sendo-lhe fácil alterar a equação-financeira inicial para aumentar os lucros.

Expressão utilizada por Cláudia Lima Marques, in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 2a ed., p. 57. Ao lado dos seguros e planos de saúde, a doutrina identifica como dessa espécie os contratos de fornecimento de água, luz e telefone, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de tv a cabo, as relações banco-cliente, dentre outros.

O ANTI-SEMITISMO POR JEAN-PAUL SARTRE

Fabiano Augusto Martins Silveira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

SUMÁRIO

1. Intróito. 2. Tapo de irracionalidade. 3. Classes sociais. 4. A leitura psicanalítica. 5. A universalidade do ser versus o ser em situação. 6. O judeu autêntico. 7. Considerações finais. 8. Fontes bibliográficas.

1. Intróito

À luz do texto constitucional de 1988 parece plausível identificar o racismo como um conjunto de práticas discriminatórias, mais ou menos duradouras e sofisticadas conforme o modelo estudado, dotadas de considerável repercussão social, cujo suposto é a pretensa superioridade biológica e cultural de determinado agrupamento humano sobre outros. Ademais, também perfilam-se no racismo as teorias, os dogmas, as narrações místicas ou míticas, as propagandas, as crenças, enfim, os discursos que preguem tal superioridade.

Como "fato social complexo", o preconceito racial comporta diversas análises, conforme a natureza do ins-

trumental teórico manuseado na investigação (filosófica, política, sociológica, psicológica, etc).

No plano jurídico-formal, a expressão "racismo" significa: (a) em sentido amplo, a violação ao princípio constitucional da igualdade, tomando-se os fatores "raça" e "cor"; (b) em sentido restrito, o conjunto dos crimes delineados na lei 7.716/89, considerando-se, a rigor, os fatores "raça", "cor" e "etnia", além das condutas previstas nos art. 140, § 3.º, do CP, art. 1.º, inciso I, *c*, da lei 9.455/97 e art. 1.º da lei 2.889/56.

Sobretudo a partir da Constituição de 1988, o racismo revestiu-se de forte conteúdo ilícito-penal, ascendendo ao estatuto de crime imprescritível e inafiançável (art. 5.º, inciso XLII). Com a edição da lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, posteriormente alterada pela lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997 (definindo os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), espera-se uma adequada reflexão do operador jurídico – intérprete e aplicador da lei – acerca da complexidade do racismo, de suas nuances e peculiaridades.

Em *A questão judaica*, Jean-Paul Sartre (1905-1980) traz à luz profundas reflexões sobre o anti-semitismo presente na sociedade francesa há época da invasão nazista¹.

Em que pese centrar o problema dos judeus franceses, sua crítica permeia caráter universal à discriminação racial, a despeito de sua multiformidade. Por essa razão, as conclusões esboçadas pelo autor são substanciais referências ao estudo criminológico do tema.

¹ A questão judaica foi publicada originalmente em 1946. Os "semitas" são grupos originários da Ásia ocidental, compreendidos pelos hebreus, árabes, assírios, aramaios e fenícios. A palavra "anti-semitismo" popularizou-se, principalmente a partir das últimas décadas do séc. XIX, por sintetizar o preconceito contra os judeus.

2. Traço de irracionalidade

Em tópicos gerais, procuramos elencar as idéias centrais desenvolvidas ao longo do texto *sub examine*.

A formação de psicólogo permite a Sartre adentrar, incomparavelmente, no universo íntimo do anti-semita e do próprio judeu. Não cabe supor, entretanto, que o pensamento sartriano concebe o anti-semitismo como manifestação estritamente psicológica. No último capítulo de seu trabalho, escreve o filósofo francês:

"o anti-semitismo é uma representação mítica e burguesa da luta de classes e não poderia existir numa sociedade sem classes. Ele evidencia a *separação* e o isolamento dos homens na comunidade, o conflito de interesses, o fracionamento de paixões; só poderia existir nas coletividades em que uma solidariedade bastante fraca une pluralidades fortemente estruturadas; é um fenômeno de pluralismo social."²

A inteligência da construção de Sartre está em elucidar as seguintes asserções, sob as quais passa a considerar o anti-semitismo:

"se o judeu não existisse, o anti-semita o inventaria [...] é o anti-semita quem faz o judeu [...] o judeu está numa situação de judeu porque vive numa coletividade que o considera judeu [...] criamos essa espécie de homem que só tem sentido como produto artificial de uma sociedade capitalista (ou feudal) e cuja única razão de ser está em servir de bode expiatório para uma coletividade ainda pré-

lógica [...] não é o caráter judaico que provoca o anti-semitismo; ao invés disso, é o anti-semita que cria o judeu. O fenômeno inicial é, portanto, o anti-semitismo, estrutura social regressiva e concepção de mundo pré-lógica.”³

O anti-semitismo pode ser comparado a uma paixão. O anti-semita escolheu viver passionalmente em detrimento de uma vida racional:

“o homem racional busca angustiosamente a verdade, está ciente de que seus raciocínios são apenas prováveis [...] Mas há pessoas que são atraídas pela constância das pedras. Querem ser maciças e impenetráveis, não querem mudar — pois aonde as mudanças as levaria? Trata-se de um medo primordial de si mesmas e um medo da verdade.”⁴

3. Classes sociais

A maioria dos anti-semitas pertenciam à pequena burguesia urbana francesa (classe média: funcionários públicos, assalariados, pequenos comerciantes, etc.). Ao exclamarem “odeio os judeus”, pensam valorizar uma identidade e tradição francesas, dando vazão a um *status* da propriedade hereditária (quando, na verdade, são pessoas de escassas posses).

Logo, restava caricaturar o judeu como abjeto a tudo que seja verdadeiramente *francês*:

“ao se indisporem contra o judeu, eles de súbito tomam consciência de ser proprietários: ao despreverem o israelita como ladrão, colocam-se na invejável posição de gente pas-

³ Trechos excertos, respectivamente, das p. 12, 46, 48, 86 e 90.
⁴ P. 15.

sível de ser roubada; se o judeu quer roubar-lhes a França, é porque a França lhes pertence [...] O anti-semitismo não consiste apenas no prazer de odiar; acarreta também prazeres positivos: tratando o judeu como ser inferior e pernicioso, estou também afirmando que pertenço a uma elite [...] Não preciso fazer nada para merecer minha superioridade, e não há como perdê-la. É dada para sempre — é uma coisa.”⁵

Percebe-se, nessa ótica, que o anti-semitismo não representa uma simples ou desprezível *opinião*; ao contrário, diz Sartre, implica toda a pessoa do anti-semita. Isso quer dizer:

“é em face do judeu, e do judeu apenas, que o anti-semita se realiza como sujeito por direito. Se por milagre todos os israelitas fossem exterminados tal como ele quer, o anti-semita tornaria a ver-se como porteiro ou lojista numa sociedade fortemente hierarquizada em que a qualidade de ‘verdadeiro francês’ valeria bem pouco, pois todo mundo a possuiria.”⁶

Praticamente não havia anti-semitismo na classe operária francesa. Recorrendo ao pensamento marxista, Sartre explica que o operário julga a história como produto de realidades sintéticas (burguesia, campesinato, cartéis, partidos, sindicatos, etc.), segundo um *materialismo dialético*. Ao revés, o anti-semita encara o mundo social como a resultante das vontades individuais:

⁵ P. 19-20. O racismo contemporâneo, na análise de Nicola Matteucci, resulta da fusão de três diferentes correntes de pensamentos: o estudo científico das raças (a crescente associação entre fatores genéticos e comportamentais, acompanhada da livre interpretação da teoria da evolução e seleção natural de Darwin); o nacionalismo, onde o “poço” dá lugar à “raça” na ideia de nação; e, finalmente, uma atitude mística e irracional em política, quando o racismo migra para o Estado, introjetando-se nas políticas de governo. (In: Bobbio, Matteucci e Pasquino, Dicionário de Política. V. 2. P. 1059 et seq.).
⁶ P. 21.

"o anti-semitismo é primordialmente um maniqueísmo; explica o curso do mundo mediante a luta do princípio do Bem contra o Mal. Entre esses dois, não há acordo possível: é preciso que um deles triunfe e que o outro seja aniquilado."⁷

Os argumentos fundados na raça e na hereditariedade são, nas palavras de Sartre, mero "verniz científico" a escamotear uma convicção primitiva.

4. A leitura psicanalítica

Na seara da Psicanálise, Sartre interpreta o maniqueísmo do anti-semita como uma sedução pelo Mal. Na profundezas de seu ódio residiria uma intrigante afeição sexual pelo judeu:

"a atração sádica do anti-semita pelo judeu é tão forte que não é raro ver um desses inimigos jurados de Israel cercar-se de amigos judeus [...] Conheci uma que mantinha relações íntimas com um judeu polonês. Às vezes se deitava com ele e o deixava acariciar seus seios e seus ombros, mas nada além disso. Ela se deliciava vendo-o respeitoso e submisso, imaginando seu violento desejo reprimido e humilhado."⁸

Ainda, na percepção do autor, a expressão "uma bela judia" comporta um forte significado sexual, exalando "cheiro de estupro e de massacre."⁹

7 P. 28. Hannah Arendt confirma que "a única classe que demonstrou ser quase imune à propaganda anti-semita foram os trabalhadores que, absorvidos pela luta de classes e equipados com a explicação marxista da história, nunca entravam em conflito direto com o Estado, mas só com outra classe social, a burguesia, que os judeus certamente não representavam e da qual nunca haviam sido parte integrante". (Origens do totalitarismo, P. 45-46).

8 P. 32-33.

Lançando-se na Pessoa do judeu, Sartre estima o sentimento da criança judia ao descobrir a discriminação que se lhe pesa:

"Sentem-se separados, excluídos da sociedade das crianças normais que correm e brincam tranqüilamente ao redor e que não têm nome especial. Ao voltarem para casa, olham o pai e pensam: 'Então ele também é judeu?', e o respeito que sentem por ele fica comprometido. Como esperar que não carreguem por toda a vida as marcas dessa revelação?"¹⁰

Sartre acaba por desenhar um perfil bastante curioso do anti-semita, um "destruidor por ofício, sádico de coração puro, o anti-semita é, no fundo do coração, um criminoso. O que ele deseja, o que ele prepara, é a morte do judeu."¹¹

5. A universalidade do ser versus o ser em situação

Todo o pensamento sartriano parte do seguinte suposto: o homem é uma *liberdade em situação*. Essa si-

9 O Manifesto das Mulheres Negras de 1975 nos chama a atenção: "as mulheres negras brasileiras receberam uma herança cruel: ser o objeto do prazer dos colonizadores. O fruto deste covarde cruzamento de sangue é o que agora é aclamado e proclamado como 'o único produto nacional que merece ser exportado: a mulata brasileira'. Mas se a qualidade do 'produto' é dita ser alta, o tratamento que ela recebe é extremamente degradante, sujo e desrespeitoso". (In: Nascimento, O genocídio do negro brasileiro, P. 61-62).

10 P. 50. A historiadora Jussara Marilda França, em recente pesquisa realizada nas escolas públicas de Belo Horizonte, anotou que, na maioria das vezes, "o professor estabelece um quadro preconcebido quanto ao desempenho do aluno negro: o vê como oriundo de família problemática, pais desempregados, mal-alimentados, não acredita na sua capacidade e acha que não vale a pena investir nele [...] o aluno negro tem sua imagem carregada de pessimismo na escola e, a não ser que faça um grande esforço, tudo concorrerá contra o seu bom desempenho". (Racismo na escola: a linguagem do fracasso. Análise & Conjuntura, P. 126-127).

11 P. 33.

tuação (uma situação biológica, econômica, política, cultural, etc.) restringe as possibilidades do homem, mas, ao mesmo tempo, é o "homem que dá sentido a sua situação escolhendo-se nela e por meio dela."¹²

Esse dado permite compreender uma sutil manifestação do anti-semitismo no momento em que Sartre descreve a figura do *democrata*. Defensor da igualdade entre os homens, para o democrata o indivíduo é um somatório de traços universais. Receando despertar uma "consciência judaica", desprezando o *singular*, sua defesa apenas "salva o judeu enquanto homem e o aniquila enquanto judeu"¹³. Assim conclui:

"para um judeu consciente e orgulhoso de ser judeu, que assume sua vinculação à comunidade judaica, sem por isso menosprezar os laços que o unem a uma coletividade nacional, não há tanta diferença entre o anti-semita e o democrata. Aquele quer destruí-lo enquanto homem para que reste apenas o judeu, o pária, o intocável; este quer destruí-lo enquanto judeu para que se conserve apenas o homem, o sujeito abstrato e universal dos direitos do homem e do cidadão [...] O anti-semita condena o judeu por ser judeu; o democrata facilmente o condena por considerar-se judeu."¹⁴

Como se vê, essa pretensa *universalidade do ser* opõe-se radicalmente à premissa inicial, ou seja, à premissa do *ser em situação*: em que o psíquico, o físico, o social, o religioso se interagem. Mais adiante, Sartre sublinha que os caracteres somáticos pertencentes à "raça judaica" constituem apenas um fator entre tantos outros ligados à *situação* do judeu, jamais uma condição determinante de sua natureza.¹⁵

12P. 40.

13P. 38.

14P. 39.

15Cf. p. 43.

6. O judeu autêntico

Dois caminhos, diametralmente opostos, abrir-se-iam ao judeu: a *autenticidade* e a *inautenticidade*. Seguir pelo primeiro caminho, pela autenticidade, significa viver e assumir plenamente a condição de judeu. A opção pela inautenticidade, ao contrário, representa o rechaço dessa mesma condição.

No entender de Sartre, a maior parte dos judeus escolheram a inautenticidade. Ao negarem a existência de uma realidade judaica, aflorou-se-lhes um *complexo de inferioridade*: "deixaram-se envenenar por determinada representação que os outros têm deles e vivem com medo de que seus atos a confirmem."¹⁶

O desejo de assimilação, isto é, o de ser reconhecido enquanto *homem*, gera uma tensão permanente para o judeu inautêntico porque, mesmo galgando posição social elevada, está ciente de que sempre e irremediavelmente referir-se-ão a ele como um *judeu*. Resultado: na medida em que renega as características imutáveis que lhe atribuem, se convence a ver essas características noutros judeus, vendo-as, na verdade, indiretamente em si mesmo. Isso seria o masoquismo e o anti-semitismo do próprio judeu. Contudo, como adianta Sartre, trata-se de uma manifestação conflituosa:

"é anti-semita para romper todos os laços com a comunidade judaica, mas torna a encontrá-la no fundo do coração,

16P. 62. Para Joel Rufino dos Santos o chamado complexo de cor é também uma invenção racista: "seria uma espécie de complexo de inferioridade dos não-brancos diante da vida; ela dava oportunidade a todos que tivessem força de vontade, mas os não-brancos tinham um inexplicável medo de tentar, largassem o medo e tentassem, estudando, trabalhando firme, cumprindo as regras sociais... Acabariam premiados. A invenção deste "complexo de cor" teve um objetivo: jogar em cima dos não-brancos a culpa das suas dificuldades. Você não vence porque tem complexo de cor. A sociedade brasileira não é absolutamente racista." (Cp. cf. p. 66).

pois sente na própria carne as humilhações a que os anti-semi-
tas submetem os outros judeus. E o que constitui uma das
características do judeu inautêntico é precisamente essa eter-
na oscilação entre o orgulho e o sentimento de inferioridade,
entre a rejeição voluntária e apaixonada dos traços de sua raça
e a participação mística e carnal na realidade judaica¹⁷

Por caminho oposto, o judeu autêntico *faz-se* judeu
por sua própria vontade. Afastando-se do mito universal,
escolheu levar adiante sua consciência judaica:

“conhece a si mesmo e se reconhece na história como
criatura histórica e maldita; deixou de fugir de si próprio
e de envergonhar-se dos seus. Compreendeu que a socie-
dade é má; substitui o monismo ingênuo do judeu inau-
têntico por um pluralismo social; sabe que está à parte,
intocável, maldito, proscrito, e assume-se como tal.”¹⁸

17 P. 69. A expressão “assimilação” é empregada no sentido de integração social. Joel
Rufo dos Santos também percebe o ímpeto de assimilação nos negros: “os brancos
não o aceitam, mas o negro força a aceitação — comportando-se como os brancos
desejam que ele se comporte. (Este comportamento adaptativo do negro, comum em
toda a América, que acaba lhe conferindo dupla personalidade, tem sido bastante estu-
dado por psicólogos e sociólogos”. (Op. cit. p. 71). Parece-nos, sem a menor censura,
não bastar aos negros, dignos, dos negros inautênticos, refutarem uma consciência
negra; há de falsear o traço evidente da discriminação: a cor. Nesse sentido, o men-
cionado historiador brasileiro diz que “embranquecer se tornou, por consequência, um
obsessão para as pessoas humildes de cor. Não sou racista. Mas gostaria que minha
filha casasse com alguém menos escuro, para ir limpando o sangue” [...] Os negros que
ficam ricos de alguma forma, procuram sempre mulheres brancas [...] Conheci, na
minha infância de subúrbio, inúmeros pretos que se esfregavam à noite com água
sanitária (a “lágrima” dos paulistas) e, ainda hoje, muitos deles “esticam” o cabelo para
destacar sua “ruindade” [...] o racismo tem essa peculiaridade: acaba se projetando na
suas vítimas, tornando-as, também, racistas.” (Op. cit. p. 68 et seq.

18 P. 86-87. Para Hannah Arendt, os judeus encontram no anti-semitismo, paradoxal-
mente, um elemento aglutinador de um povo sem vínculo nacional, fadado à assimila-
ção. De fato, o crescimento do anti-semitismo ameaçava o povo judeu de extermínio
físico. Só que nessas condições, os judeus “descobriram a idéia consoladora de que o
anti-semitismo, afinal de contas, podia ser um excelente meio de manter o povo unido,
de sorte que na existência de anti-semitismo eterno estaria a eterna garantia da exis-
tência judaica. Essa atitude decerto superficial, relacionada com a fé em sua “eleição”
por Deus e com a esperança messiânica, era fortalecida pelo real fato de ter sido a
hostilidade cristã, para os judeus, autêntico fator que, durante muitos séculos, desem-
penhava o papel do poderoso agente preservador, espiritual e político. (Op. cit. p. 27).

Longe de sugerir a solução do problema social ju-
daico, a autenticidade, ao menos, reduz o poder do anti-
semita, que não mais encontra passividade em seu inter-
locutor, antes a assunção dos valores, do nome, dos tra-
ços físicos, enfim, da realidade que o circunda.

7. Considerações finais

Discutindo soluções que abrandem o sofrimento ju-
daico, entre as quais a propaganda, a educação, a consci-
entização de que o problema é *nosso* (dos não-judeus),
Sartre questiona seriamente a eficácia das leis para mini-
mizar o anti-semitismo:

“não se deve ter medo de proibir com leis perma-
nentes as declarações e os atos que tendam a difamar uma
categoria de franceses. Mas não tenhamos ilusões sobre a
eficácia dessas medidas: as leis nunca tolheram e nunca
tolherão o anti-semita, convicto de pertencer a uma socie-
dade mística que está além da legalidade. Podem se acu-
mular decretos e proibições — estes provirão sempre da
França legal, e o anti-semita afirma esperar representar a
França real.”¹⁹

Como inicialmente sustentamos, a revisão do anti-
semitismo por Sartre constitui portentoso espectro de estu-
do criminológico do racismo, principalmente se esti-
vermos conscientes da complexa realidade brasileira, da
recente herança escravagista, da fragilidade democrática,
da situação econômico-social da população negra, assim
evitando comparações precipitadas.

A teoria sartriana, ademais, sofre críticas por colo-
car o judeu na posição de um mero “bode expiatório”.
Apresenta deficiências no que diz respeito à perspectiva

histórica da investigação, não abordando a estrutura geral de desenvolvimento do Estado-Nação europeu ou as repercussões políticas das atividades financeiras desempenhadas pelos judeus nos últimos séculos.

No entanto, o estilo e agressividade de Sartre impressionam. Convida-nos a refletir. Abre nossos olhos. Mostra "preconceitos" onde víamos "naturalidade". É uma tentativa de redimensionar a responsabilidade pela discriminação racial. Nesse sentido, a liberdade humana dependerá da experiência plural e, mais ainda, de que as parcelas discriminadas alcancem a plenitude de seus direitos.

8. Bibliografia

- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989. (Tradução de: *The origins of totalitarianism*).
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 8.ed. Brasília: UNB, 1995. v. 2.
- FRANÇA, Jussara Marilda. Racismo na escola: a linguagem do silêncio. *Análise & Conjuntura*, Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, v.6, n.1, 124-136. jan./abr. 1991.
- NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro*; processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. 184p. (Estudos brasileiros, 30).
- SANTOS, Joel Rufino dos. *O que é racismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. 82p. (Primeiros Passos, 8).
- SARTRE, Jean Paul. *A questão judaica*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ática, 1995. 96p. (Tradução de: *Re-*

flexions sur la question juive).

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo; comentários à lei n. 7.716/89. *Ensaaios de Direito Penal*, UFMG, Belo Horizonte, ano 1, número 1, p. 77-110, 1998.

COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?

Flávio Augusto Fontes de Lima.

Juiz de Direito da Comarca de Recife. Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Pós graduado na ESMape. Ex professor substituto de Direito Penal Complementar da Faculdade de Direito do Recife. Professor de Direito Penal e prática judiciária penal da ESMape. Membro suplente do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Capital. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto de Criminologia e Ciências afins de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. **INSERÇÃO DO TEMA.** 1.1. Juizados Especiais. Previsão Legal. 1.2. Medidas Despenalizadoras da Lei 9089/95. 2. **COMPREENSÃO DA COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS.** 2.1. Breve Conceito. 2.2. Finalidade Precipua. 2.3. Há Limitações à Composição dos Danos Civis? 3. **INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ATO INFRACIONAL.** 3.1. Evolução Legal. 4. **ASPECTOS DE VITIMOLOGIA E LEGAIS.** 4.1. A Composição dos Danos Civis e a Nova Posição da Vítima. 4.2. Previsão Legal e Noção. 5. **MOMENTO DA PROPOSTA DE COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS.** 5.1. Um Novo Procedimento Criado pela Lei 9089/95. 5.2. A Perseguição do Acordo. 6. **ATORES DA COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS.** 6.1. Autor do Fato, Curador ao Menor, Advogado, Vítima, Responsável. 6.2. A Participação do Ministério Público na Composição dos Danos Civis. 6.3. Recusa ao Acordo Civil Pela Vítima ou Representante. 7. **SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS.** 7.1. Natureza, Eficácia de Título Executivo Judicial. 7.2. Recursos e Medidas Impugnativas. 8. **HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL E COMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL OU NO JUÍZO CÍVEL.** 8.1. Homologação Judicial de Acordo Civil Fora do Juizado Especial Criminal ou Juízo Penal. 8.2. Efeitos Cíveis. 8.3. Efeitos Penais. 9. **COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.** 9.1. Casamento. 10. **CONCLUSÃO.** 10.1. Composição, Instituto Discriminatório? 10.2. Um Novo Capítulo a Ser Aberto. **BIBLIOGRAFIA.**

1. Inserção do Tema

1.1 Juizados especiais, previsão legal

O tema do presente artigo se trata do novel instituto da composição dos danos civis criado na Lei 9099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais.

Examinando-se todas as cartas constitucionais que o Estado brasileiro já possuiu, salta aos olhos que a vigente implementou a maior quantidade de institutos.

Como bem ressaltou PAULO BONAVIDES, a constituição brasileira de 1988 foi a que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais, em busca de uma compatibilidade entre o Estado social e o Estado de direito, mediante a introdução de novas garantias constitucionais (BONAVIDES, 1993:460).

O artigo 98, I, da vigente Constituição federal brasileira determina que a:

“A União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexibilidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Nesse inciso se preconiza a criação dos juizados especiais criminais, nunca antes previstos no direito positivo pátrio. Não há dúvidas que se estabeleceu um enorme avanço no sentido de despenalizar parte do direito criminal brasileiro, colocando-o de acordo com a tendência mais hodierna dos modelos de justiça criminal.

A possibilidade de conciliação nas infrações de menor potencial ofensivo fez com que fosse aberta uma fenda no outrora intransponível princípio da obrigatoriedade da ação penal, onde qualquer ilícito penal teria seu processamento compulsório, sendo implantado o princípio da oportunidade regrada (ROBALDO, 1995:118).

A criação dos juizados especiais cíveis e criminais é mandamento constitucional. Foi criada a Lei 9099/95 para tal fim. Todavia, o legislador ordinário, surpreendentemente, trouxe mudanças significativas, mormente no que se refere a abrandamentos na parte criminal numa enorme ousadia, já que para um segmento doutrinário nacional, a sanção penal é considerada imprescindível para a solução de todos os conflitos sociais (FRANCO, 1994:36).

A Lei 9099/95 surgiu como uma contestação a quem defende a **indiscriminada** repressão e exacerbação das penas privativas de liberdade como garantia de uma suposta paz social (JESUS, 1995:1).

A citada lei no campo criminal prevê a possibilidade da denúncia oral; a dispensa do inquérito policial e do exame de corpo de delito; a conceituação de infrações de menor potencial ofensivo; a transação penal como sanção alternativa à pena privativa de liberdade; um novo procedimento sumariíssimo; a possibilidade de juizes leigos ao lado dos togados; a representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa; o instituto da suspensão condicional do processo e a *busca prioritária da composição dos danos civis com a valorização da vítima, tendo a mesma possibilidade de ser indenizada, provocando a extinção da punibilidade anteriormente à denúncia ou queixa nas ações penais públicas condicionadas à representação e nas ações privadas.*

2. Medidas Despenalizadoras da Lei 9099/95

A Lei 9099/95 disciplinou quatro medidas que visam a evitar a pena privativa de liberdade: a transação do art. 76; a representação do art. 88; a suspensão condicional do processo do art. 89 e a composição dos danos civis do art. 74. As três primeiras têm natureza penal e processual penal; já a composição dos danos civis extintiva da punibilidade penal é a única medida despenalizadora da lei, cuja natureza é civil e penal ao mesmo tempo (GRINOVER, FERNANDES & GOMES FILHO, 1996:20).

3. Compreensão Da Composição Dos Danos Civis

3.1 Breve Conceito

Pode-se denominar a composição dos danos civis como forma de despenalização consistente em acordo civil, nas infrações penais de menor potencial ofensivo em ações penais públicas condicionadas à representação ou privadas, que acarreta a extinção da punibilidade.

JOSÉ NÁUFEL (1989:76), conceitua acordo como ajuste, combinação, pacto, conjugação de vontades.

É nessa autonomia de vontade, que se concentra um dos alicerces da composição e seu pioneirismo no campo penal.

3.2 Finalidade Precípua

Pode-se observar que a finalidade precípua da composição dos danos civis é a reparação do dano e conse-

quente extinção da punibilidade, pondo de lado o princípio da verdade real, já que o desejado é a busca da paz social. As partes serão colocadas frente à frente e de tudo a vítima terá ciência.

A infração penal gera um duplo efeito; atinge o interesse público e desencadeia a responsabilidade civil, cujo fundamento está no art. 159 do código civil. (MIRABETTE, 1996:72).

É evidente que a economia processual é um fim acessório da composição, poupando o judiciário de gastar tempo e tantos recursos com infrações de menor potencial ofensivo.

3.3 Há Limitações à Composição dos Danos Civis?

Não há nenhum limite legal ao acordo civil, assim não existe teto financeiro à composição dos danos civis, prevalecendo o bom senso e as condições econômicas dos envolvidos.

Quanto ao dano moral, deverá o mesmo ser contemplado, mesmo porque tem sede constitucional (art. 5º, X, cf), logo a composição envolverá qualquer espécie de dano.

4. Indenização Decorrente de Ato Infracional

4.1 Evolução Legal

Até o surgimento da Lei 9099/95, toda indenização decorrente de qualquer espécie de infração penal teria de ser processada no juízo cível.

Sem contar que tão-somente a sentença penal con-

denatória transitada em julgado era título executivo judicial (art. 584, II, código de processo civil).

O vigente código de processo penal estabelece em seu art. 63 que o ofendido, seu representante legal ou herdeiros só poderão promover execução no Juízo Cível, visando à reparação do dano, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Este artigo era combinado ao 1525 do código brasileiro civil.

O art. 584, II, do código de processo civil põe a sentença penal condenatória transitada em julgado como título executivo judicial. Interessante que a inclusão do referido inciso II foi uma considerável inovação ao código anterior de 1939, a ponto de o Professor MOURA ROCHA considerá-la:

"... a mais importante e substancial alteração trazida ao processo civil brasileiro vigente, na área dos títulos executivos" (ROCHA, 1978:91).

Tal acréscimo foi vital para pôr fim a interpretações diversas, como a do ilustre ENRICO LIEBMAN que entendia a necessidade da condenação civil para que houvesse execução decorrente de sentença condenatória penal (LIEBMAN, 1968:54-55).

Como frisou o Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (1992:78), para a execução civil da sentença penal, exige-se: que a sentença criminal seja definitiva; que a condenação criminal tenha transitado em julgado e que a vítima, seu representante legal ou herdeiros, antes de tudo, promovam a liquidação do valor a ser indenizado como procedimento preparatório à execução, nos termos dos arts. 603 a 611, do código de processo civil c/c arts. 1537 a 1553, do código civil.

Não é à toa que MOURA ROCHA já se debruçava sobre os inconvenientes dos requisitos e sobre a natureza

do instituto ao indagar a possibilidade de como se dar conteúdo a uma sentença penal para que, transitada em julgado, valesse como título executivo e o próprio mestre sugeriria que se adotasse a posição de adesão, na qual o juiz penal tinha a possibilidade ou obrigatoriedade de arbitrar à vítima uma reparação em perdas e danos. Ensina o professor que:

"a sentença penal faz coisa julgada de acordo com as normas do Direito Processual Civil e aí a explicação de sua acomodação ao ressarcimento civil numa condenação de natureza civil, exclusivamente". (ROCHA, 1978:102).

O vigente código penal em seu art. 91, I, estabeleceu, como efeito da condenação criminal, a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. É o que CELSO DELMANTO nominou de efeito extrapenal genérico, cuja consequência, passada em julgado a decisão, seria automática (DELMANTO, 1991:140).

Como se observa, até a vigência da lei 9099/95, a vítima, seu representante legal ou herdeiros, só tinham o título executivo judicial com a sentença penal condenatória transitada em julgado, não importando o grau de gravidade do delito praticado pelo réu. Tal situação provoca enorme constrangimento e age como um empecilho, pois são notórias as dificuldades de acesso ao judiciário e sua morosidade, por fatores diversos.

Sem falar que, antes da execução, o título ainda, em grande parte, teria de ser liquidado.

Com a lei 9099/95, como será visto, atenuou-se tal questão, iniciando-se uma mais promissora atenção à vitimologia. A reparação do dano é circunstância atenuante da pena (art. 65, III, b, código penal), aplicável para todos os tipos penais, inclusive os de menor potencial ofen-

sivo, quando não obtida a composição. De igual modo, nos crimes sem violência ou graves ameaças havendo reparação do dano até à queixa ou denúncia, ocorre uma causa geral de redução da pena de um a dois terços (art. 16, código penal). Tudo isto é pouco, se compararmos com as consequências da composição dos danos civis.

5. Aspectos de Vitimologia e Legais

5.1 A Composição dos Danos Civis e a Nova Posição da Vítima

De modo pioneiro, a constituição brasileira vigente, em seu art. 98, I, previu a possibilidade da transação em infrações penais de menor potencial ofensivo, remetendo às hipóteses à lei infraconstitucional, que culminou com a lei 9099/95.

A mencionada lei fez da reparação do dano uma de suas pilstras, mormente em relação à composição penal.

Como visto, o sistema penal só se preocupava com a sanção a ser atribuída ao agente e ao cumprimento da pena. A vítima era esquecida, como se nada tivesse a ver com o crime de que foi alvo. Tal situação provocava uma terrível injustiça com o sujeito passivo, sendo utilizado, no máximo, como uma testemunha privilegiada do fato delituoso, caso sobrevivesse ou tivesse condições de relatá-lo.

Na época da vingança privada, a vítima detinha uma posição destacada, porém a partir do monopólio estatal da distribuição de justiça, o sujeito passivo no crime foi neutralizado (SCARANCA FERNANDES, 1995:159).

É o primado pela decisão formalística do caso, preocupada muito mais com a sanção, o castigo, a retribuição que com a solução do conflito. É o modelo paleopressi-

vo nos dizeres de LUIZ FLÁVIO GOMES (1995:110). Por um longo tempo a reparação se confundia com a pena (BITENCOURT, 1996:75).

Como já foi colocado, até a lei 9099/95, a única forma de se pleitear em juízo a execução de um título decorrente de dano penal era através da sentença penal condenatória transitada em julgado e ainda assim tão-somente no juízo cível com enormes transtornos para a vítima ou seu representante. Tal fato já constituía uma barreira para que se buscasse a reparação do dano decorrente de infração penal.

No campo da reparação civil decorrente de infrações penais, deu-se uma verdadeira revolução sobre o papel da vítima na relação criminal.

O art. 62 elenca a reparação dos danos sofridos pela vítima como um dos objetivos centrais do juizado especial criminal.

A vítima é alvo de reparação na composição dos danos civis (art. 72 e 74) e na suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, I). Só para se ter uma idéia do alcance disto, 76,05% dos tipos previstos no vigente código penal podem ser atingidos pela suspensão condicional do processo (KUEHNE, 1996:92).

Porém, apenas da composição dos danos civis emana um acordo a que a lei expressamente dá eficácia de título executivo judicial (art. 74), sem nem sequer ter se iniciado o processo penal, numa economia processual e valorização da vítima sem precedentes, dispensando-se, quanto às infrações de menor potencial ofensivo privadas e públicas condicionadas à representação, que se ultrapassem todas as etapas processuais até que se chegue à sentença penal condenatória passada em julgado.

5.2 Previsão Legal e Noção

A composição dos danos civis está prevista nos arts. 72 e 74, da lei 9099/95 com a seguinte redação:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do ministério público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

É preciso se esclarecer o alcance do instituto da composição na lei 9099/95. Só as infrações penais de menor potencial ofensivo poderão ser alcançadas pela composição dos danos civis.

O conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo está no art. 61, da lei dos juizados especiais criminais:

“Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Logo, nem todos os crimes, cuja pena máxima não seja superior a um ano, estão sujeitos ao procedimento do juizado especial criminal, mas tão-só aqueles para os quais a lei não preveja procedimento especial próprio. No tocante às contravenções penais com procedimento especial, tem prevalecido o entendimento de que, por sua natureza, são todas sujeitas às normas dos juizados especiais criminais e assim é possível a composição dos danos civis nelas (MIRABETE, 1997:31; BITENCOURT, 1997:55; SMANIO, 1997:77)

Para que a composição dos danos civis proporcione a extinção da punibilidade e assim atinja sua eficácia plena, a infração penal de menor potencial ofensivo terá de se enquadrar numa ação penal pública condicionada à representação ou numa ação penal de iniciativa privada, ambas as formas previstas no código de processo penal brasileiro.

6. Momento da Proposta de Composição dos Danos Civis

6.1 Um Novo Procedimento Criado e a Perseguição do Acordo

A composição dos danos civis se dá em momento absolutamente *sui generis*. Não tem havido, sequer, queixa ou representação por parte do ofendido ou seu representante legal. Criou-se um novo procedimento sem nenhum paradigma.

Pode-se verificar que a lei 9099/95 estabeleceu dois procedimentos, o prévio e o sumariíssimo. O qual tem início com a denúncia pelo ministério público ou queixa-crime por parte do ofendido.

A composição civil ocorre justamente no procedimento prévio, com a audiência preliminar. Nela não há acusação, o acusado é denominado autor do fato e só haverá o procedimento sumariíssimo, se não lograr êxito o acordo civil.

O procedimento prévio tem seu ápice com a audiência preliminar. Nele é que vai haver as propostas de conciliação que envolve a transação e a composição civil. Se não se chegar à conciliação é que dar-se-á o procedimento sumariíssimo.

A audiência preliminar, na composição dos danos civis, é que consagrará o acordo. Não há acusação, formação de culpa, confissão, interrogatório, não se geram antecedentes, rol de culpados, ou seja, nenhum dos instrumentos clássicos do processo penal. Ocorre uma audiência em que o juiz ou conciliador age de modo muito informal em busca do consenso.

Busca-se de toda forma o previsto no art. 125, IV, do código de processo civil e 520, código de processo penal, isto é, a conciliação das partes.

Como exposto, nesse procedimento prévio inaugurou-se uma nova fase processual, muito distante da vigente concepção de relação processual penal, que coloca o processo como categoria própria e tradicional de solução da pretensão resistida.

É uma fase processual com objeto e conteúdo próprios, sem exercício de jurisdição, já que a composição civil não ocorre no processo convencional penal.

Tomando por empréstimo as idéias de FRANCISCO CARNELUTTI, ANTÔNIO BITENCOURT entende ser o procedimento prévio na composição civil, um "equivalente jurisdicional" facultado ao jurisdicionado, visando a obter o fim característico do processo jurisdici-

onal, instrumento de pacificação social (BITENCOURT, 1997: 86).

7. Atores da Composição dos Danos Civis

7.1 Juiz. Autor do Fato. Curador ao Menor. Advogados. Vítima. Responsável.

Quem deverá estar presente à audiência preliminar na qual será proposta a composição dos danos civis pelo juiz?

O art. 72 da Lei 9099/95 menciona Ministério Público, autor do fato, vítima e, caso necessite, responsável civil, acompanhados por advogados. Algumas observações são pertinentes.

A audiência na qual será proposta a composição dos danos poderá ser conduzida por juiz togado ou conciliador, sob sua orientação (art. 73), todavia a homologação do acordo obtido é de competência privativa do juiz de direito, para que se gerem os efeitos estabelecidos em lei. Nesta fase, o juízo tem ampla liberdade em busca do acordo.

Quanto ao autor do fato, é essencial sua presença à audiência preliminar, que é da essência da lei, todavia não poderá ser conduzido coercitivamente, já que se trata ainda do procedimento prévio.

Não é obrigatória a nomeação de curador ao autor do fato maior de 18 e menor de 21 anos, já que o autor do fato, a vítima e o seu representante legal têm de estar acompanhados por advogados, é mandamento constitucional (art. 233 constituição federal). Ademais, a composição dos danos civis está intimamente ligada à transação, sendo indispensável o advogado.

Não se pode olvidar de que a homologação do acordo civil gera renúncia à queixa ou representação e extin-

gue a punibilidade; logo se o autor do fato, vítima ou responsável civil estiverem sem advogados, deve-se nomear causídicos dativos, face à relevância das conseqüências da composição, apesar de MIRABETE entender ser uma faculdade o acompanhamento de advogado com a vítima, representante civil e legal (MIRABETE, 1997:69).

Pelo que se deflui dos arts. 384, IV e 426, I, ambos do código civil, o autor do fato maior de 18 e menor de 21 anos só poderá aceitar a composição, se estiver assistido por seu pai, mãe ou responsável, já que é a parte que assumirá a responsabilidade pelo dano.

Evidentemente a ausência da vítima impede a composição dos danos. É impossível a composição civil quando o sujeito passivo for apenas o Estado (ex.: arts. 166, 237, 307, todas do código penal) ou uma coletividade destituída de personalidade jurídica (ex.: arts. 233, 264, ambos do código penal), segundo MIRABETE (1997:72).

A presença do responsável civil se justifica pela necessidade da capacidade plena para composição dos danos.

O art. 6º, do código civil, define o responsável civil como o que deverá assumir a responsabilidade patrimonial pelo autor do fato relativamente incapaz para os atos da vida civil.

7.2 A Participação do Ministério Público na Composição dos Danos Civis

Deverá o ministério público participar da composição dos danos civis? Tal indagação se deve ao fato de a lei só indicar a composição civil nas ações penais privadas e públicas condicionadas à representação. Ora, na ação privada o ministério público age, basicamente, como fiscal e na pública condicionada, no momento da audiência

preliminar, sequer foi dada oportunidade para o oferecimento da representação, o que impede o ministério público de atuar.

Dentre outras coisas, não se pode esquecer de que caso não haja composição civil, imediatamente será aberta a oportunidade, para que o ofendido ou seu representante ofereça representação e aí o órgão ministerial denuncie, se entender necessário.

JULIO MIRABETE (1997:70) defende que, se a vítima estiver sem advogado, o ministério público deve aconselhá-la sobre a composição dos danos, por ser fiscal da lei, no entanto, a nosso ver, é obrigatório que a vítima esteja com advogado.

ANTÔNIO BITENCOURT (1997: 99) entende que a participação do ministério público como *custus legis* é sugestiva, já que a composição importa ao autor do fato e à vítima. Aduz que ao ministério público falece interesse jurídico que gere influência em relação de caráter civil.

Nesta linha de pensamento, poder-se-ia inferir que o ministério público deveria participar apenas da audiência preliminar de tentativa de composição, quando se trata de ação penal pública condicionada à representação.

A rigor, o ministério público não poderá agir na audiência de composição dos danos civis, por vontade legal. O legislador, ao limitar a abrangência da composição civil às ações privadas e públicas condicionadas, vedou a atuação do órgão ministerial. Sabe-se, repetimos, que ainda não se ofereceu representação na fase de composição e o ministério público passa a atuar, a partir dela (art. 76).

Evidentemente que como fiscal da lei deve estar na audiência. Porém, conclui-se que é possível haver audiência preliminar e lograr êxito a composição dos danos

civis com todos os efeitos legais, sem a presença da promotoria de justiça **desde que o órgão ministerial tenha sido intimado** e que estejam presentes os demais relacionados no art. 72 da Lei 9099/95.

Na conciliação, pode ocorrer a composição dos danos civis entre o autor do fato e a vítima, entre o representante legal do autor do fato e o ofendido, entre o responsável civil e o representante legal do ofendido e entre o responsável civil e a vítima. Sempre prevalecerá a vontade do autor do fato ou do ofendido, em detrimento de seus advogados, mesmo com poderes em mandato, prevalece a vontade do mandante.

7.3 Recusa ao Acordo Civil Pela Vítima ou Representante

Inconstitucional é a posição de ANTÔNIO BITENCOURT (1997:100), ao entender, na hipótese de recusa ao acordo pela vítima ou seu representante:

“Por último compete apreciar a hipótese de a vítima ou seu representante recusar o acordo por mero capricho, ou propósito de vingança, por exemplo. Seria isso fator impeditivo? A nós parece que não. Se o propósito que anima a vítima é ilegítimo, injusto, e portanto, contrário aos fins da própria lei... competirá ao Juiz arbitrar o valor do dano, permitindo ao réu alforriar-se pela via consignatória... o que não pode a justiça é tolerar o arbítrio movida pela causa subalterna... seria cooperar com a complacência de conspiração anárquica aos fins compositivos de processo...”

Tal opinião é autoritária, fere a autonomia da vontade e nos lembra do estado totalitário, do leviatã. Tal opinião nos faz pensar se será necessária nova revolta

de Espártaco. Ora, dentre os direitos individuais elencados no art. 5º, da CF, a liberdade ocupa um destaque sem igual. É a liberdade individual que fundamenta a recusa à composição pelo autor do fato, vítima ou representante legal.

JOSÉ AFONSO DA SILVA conceitua a liberdade da pessoa física como:

“a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade...” (SILVA, 1995:230-231).

Sem contar que o art. 98, I, da CF, ao estabelecer o fundamento da composição elenca a transação como requisito. A própria lei 9099/95, em seu art. 75 prevê a não obtenção da composição.

A autonomia da vontade é princípio com base constitucional.

Para o mestre JOSÉ CRETELLA JÚNIOR:

“Denomina-se princípio toda proposição, pressuposto de um sistema, que lhe garante a validade, legitimando-o”. (CRETELLA JÚNIOR, 1986:14).

Assim, não havendo composição, prosseguir-se-á, jamais se compelirá quem quer que seja à composição, levando-se em conta a vontade do ofendido ou seu representante, que não são mais espectadores.

8. Sentença Homologatória de Composição dos Danos Civis

8.1 Natureza, Eficácia de Título Executivo Judicial

Uma vez proposta a composição civil e sendo a mesma aceita, o acordo obtido será homologado pelo juiz, atra-

vés de sentença irrecorrível com eficácia de título executivo, de acordo com o *caput* do art. 74, da lei 9099/95.

Esse dispositivo deve ser cotejado com o existente no art. 584, III, do cpc, que elenca como título executivo judicial:

“a sentença homologatória de laudo arbitral de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse questão posta em Juízo.”

Significativa a distinção maestral feita pelo professor MOURA ROCHA (1978:108) entre conciliação e transação no processo civil, ao estabelecer que a conciliação é ato processual complexo, é um ato do processo, exigindo-se para a conciliação a presença do órgão jurisdicional; já a transação é ato de partes, podendo, inclusive ser concluída sem a presença do juiz.

Ao se examinar a sentença homologatória, na composição civil, conclui-se ter a mesma natureza declaratória.

A sentença declaratória se refere à existência ou não de uma relação jurídica incerta e controvertida ou a fato juridicamente relevante.

Ensina JOSÉ ROCHA (1986:199) que o efeito peculiar da sentença declaratória é manifestar a situação jurídica entre as partes, pondo termo à incerteza sobre sua existência ou não.

Assim, a sentença que homologa a composição civil deve descrever todo o teor do acordo obtido na justiça criminal, o que terá repercussões civis evidentes.

No vigente código de processo penal só se prevê a conciliação nos crimes contra a honra de ação penal privada (art. 522, cpp).

A sentença homologatória do acordo civil gera um duplo efeito: civil e penal. Civil ao assegurar a reparação

do dano decorrente da infração penal, e penal ao provocar a extinção da punibilidade com a renúncia à queixa e à representação. Inverteu-se a sistemática vigente, na qual a sentença penal condenatória transitada em julgado é que produzia efeito civil ao ser título executivo. A sentença homologatória de composição civil faz gerar o efeito penal da extinção da punibilidade. Assim não procede a posição de MIRABETE (1997:75) de que a homologação não acarreta efeito de natureza penal.

O juiz penal passa a ter competência extrapenal, prorrogando-se sua competência material extraordinária ao se envolver com a indenização civil.

8.2 Recursos e Medidas Impugnativas

A lei é expressa ao considerar irrecorrível a sentença que homologa a composição civil, que passa a ter caráter de ato processual e força de executoriedade, todavia algumas situações fáticas podem afetar tal situação.

A vítima tem possibilidade de renunciar ao direito de reparação do dano, devendo o juiz homologar tal renúncia, não se constituindo o título executório.

Caso o juiz modifique os termos da composição, reduza ou amplie os limites do acordado, entendemos caber o recurso de apelação, dirigido ao colégio recursal formado por juizes do 1º grau, que é outra inovação da lei 9099/95, art. 82 ou se não houver, ao tribunal de 2º grau.

Também caberá a apelação, se ocorrer a recusa do juiz em homologar o acordo, por entender injusto ou ilegal.

Para GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO (1996:117-118) caberá ação anulatória prevista no art. 486 do código de processo civil, se ocorrer algum dos vícios dos atos jurídicos previstos no código civil. É possível a

interposição de embargos de declaração e a correção de ofício do juiz ou a pedido das partes para meros erros materiais, ambos previstos na própria lei 9099/95 em seu art. 82.

MIRABETE (1997:76) acrescenta o mandado de segurança à homologação irregular. Como visto, é irrecurável o conteúdo da homologação judicial, quando fiel à vontade das partes e à lei, já que não há limites fixados para o acordo.

9. Homologação Judicial e Composição Extrajudicial ou no Juízo Cível

9.1 Homologação Judicial de Acordo Civil Fora do Juizado Especial Criminal ou Juízo Penal

Indagação que surge é sobre a possibilidade de homologação judicial do acordo civil extrajudicial ou ocorrido no juízo cível.

LUIZ FLÁVIO GOMES (1995:112) chegou a afirmar que, por não se ter adotado o *plea bargaining*, não é possível que a conciliação, da qual a composição civil é espécie, seja celebrada fora da audiência.

LYCURGO DE CASTRO apud (JUNG, GUARAGNI, FISCHER & KUEHNE, 1996:32) entende que o acordo em ação privada ou pública condicionada pode ocorrer, perante a autoridade policial, sendo desnecessário que as partes compareçam ao juizado, bastando que a polícia envie o termo do acordo para mera homologação judicial.

Para ANTÔNIO BITENCOURT (1997:98-99), GRINOVER, FERNANDES & GOMES FILHO (1996:118), é plenamente possível a produção de efeitos nos acordos extrapenais, devendo ser homologado pelo juiz criminal,

para que seja dada eficácia material penal à renúncia, à queixa ou representação.

PEDRO DEMERCIAN e JORGE MALULY (1997:65-67) advogam que a composição extrajudicial ou em outro feito judicial, desde que não haja queixa ou representação, provoca a extinção de punibilidade, como forma de dar ao novo ordenamento seu real propósito.

É evidente que as finalidades da lei 9099/95 conduzem à certeza da possibilidade de que sejam gerados os efeitos penais e civis, decorrentes da composição civil, em acordos extrajudiciais, não tendo havido ainda queixa-crime ou denúncia. Todavia, só serão produzidas as conseqüências previstas na composição civil, caso haja a homologação pelo juízo criminal competente em razão da matéria e, a nosso entender as partes deverão se fazer presentes em juízo para homologação judicial.

9.2 Efeitos Civis

O efeito civil básico da composição é a reparação do dano decorrente do ato infracional, sendo desde já fixada quantia certa com prazo estabelecido ou, dependendo de situações fáticas, estabeleceram-se certas condições como, por exemplo, o pagamento de um tratamento médico longo.

O certo é que, via de regra, a sentença homologatória da composição tem eficácia de título exequível e líquido, cuja prestação deve ser imposta judicialmente.

Interessante a posição na qual, se a sentença homologatória é irrecorrível, a eficácia definitiva do título será imediata. Não possui lapso temporal para o trânsito em julgado e seus efeitos se dão imediatamente, assim qualquer ação impugnativa contra a homologação seria da

competência do juízo cível (BITENCOURT, 1997:95). Já MIRABETE (1997:76) defende a necessidade do trânsito em julgado da decisão homologatória para formação do título executivo, o que parece ser mais prudente, uma vez que a sentença homologatória de composição civil, como visto, está sujeita a recursos e atos judiciais de impugnação.

Em caso de inadimplemento do acordo obtido na composição dos danos civis, a sentença homologatória terá eficácia de título executivo.

Havendo descumprimento do acordo de composição, a ação de execução deverá ser movida na justiça cível comum. Se o valor a ser indenizado estiver dentro dos limites fixados de competência do juizado especial cível, atualmente de até 40 vezes o salário mínimo, é recomendável o ajuizamento no juizado mencionado considerando a celeridade e economia processual (arts. 3º e 53, da Lei 9099/95.).

Questão tormentosa é a constatação de que o inadimplemento do acordo obtido na composição civil não restitui o direito ao oferecimento da queixa ou representação. A lei, nesse ponto, sem dúvidas provoca injustiças, já que com a composição civil, a renúncia à queixa ou representação é imediata, algo imediatamente decorrente, vinculado e se o acordo for descumprido, o ofensor já terá se beneficiado dos efeitos penais da composição e só poderá sofrer a execução civil. Melhor seria que a renúncia à queixa ou representação e decorrente extinção da punibilidade se sobrestasse até o completo adimplemento do acordo civil e caso não se desse, o feito caminhasse para a fase seguinte com o procedimento sumariíssimo.

Sobre o tema no mesmo sentido, PEDRO DEMERCIAN e JORGE MALULY (1997: 63-65), defendem, também, o condicionamento da extinção da punibilidade não à homologação do acordo, como fez a Lei 9099/95, mas ao seu

efetivo cumprimento, para que se evitasse a má fé do autor do fato para se eximir das consequências penais.

9.3 Efeitos Penais

O Parágrafo único do art. 74, da Lei 9099/95, referindo-se à composição dos danos civis, reza que:

“ Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

Tal dispositivo estabelece o principal efeito penal da composição civil, que é a extinção da punibilidade. Com o acordo, não há condenação penal e o autor do fato sequer será processado pela infração cometida.

Verifica-se que em relação às infrações de menor potencial ofensivo nas ações privadas, derogou-se a parte final do parágrafo único do art. 104, do código penal, que estabelece não constituir renúncia tácita ao direito de queixa, o fato de o ofendido receber indenização do dano causado pelo crime. Agora, o recebimento de indenização por parte da vítima na composição implica em renúncia à queixa.

O art. 107 do código penal traz um rol de causas extintivas da punibilidade que prevê a renúncia ao direito de queixa (art. 107, V), mas nada consta quanto à renúncia à representação.

É fácil constatar que a enumeração do art. 107 do código penal não é taxativa, pois outras são espalhadas em dispositivos da lei penal ordinária ou complementar (por exemplo arts. 240 § 2º; 312 § 3º, ambos do código penal e art. 14, Lei 8137/90).

Na ação penal pública condicionada, tradicionalmente se o ofendido ou o seu representante não oferece a representação no prazo legal, há uma renúncia tácita e a conseqüente extinção da punibilidade pela decadência (art. 107, IV código penal). Com a lei 9099/95, obtida a composição, a renúncia decorrente tem efeitos imediatos e definitivos.

Para CEZAR BITENCOURT (1996:76), o diploma em exame criou uma espécie "*Sui generis*" de renúncia tácita.

Já para o professor DAMÁSIO DE JESUS (1995:59) justifica as renúncias oriundas da composição civil, como advindas do princípio da autonomia de vontade, em que o ofendido, por desiderato próprio, dispõe de garantias constitucionais, sujeitando a persecução penal à disposição volitiva do ofendido ou seu representante legal.

JÚLIO MIRABETE (1997:77) defende que pelo princípio da indivisibilidade da ação penal de iniciativa privada, a renúncia decorrente da composição estende-se aos co-autores do ilícito, mesmo que não estejam presentes na audiência preliminar. E se o ofendido for menor de 21 anos e estiver acompanhado de seu representante legal ou assistido por curador especial nomeado, a anuência ao acordo impede que o representante legal ofereça queixa ou representação, provocando a não aplicação da conclusão da súmula 594 do STF.

10. Composição dos Danos Civis na Ação Penal Pública Incondicionada

10.1 Cabimento

É possível composição dos danos civis nas infrações penais de menor potencial ofensivo pertencentes às ações

públicas incondicionadas? A resposta é afirmativa, apesar de tal composição não gerar o efeito penal precípua que é o de provocar extinção da punibilidade, já que o feito prossegue.

Se ocorrer uma composição civil, certamente será levada em conta pelo ministério público e o judiciário. Já foi vista a questão da circunstância atenuante da pena e da causa de diminuição previstas nos arts. 65, III, b e 16, ambos do código penal.

Quanto aos efeitos civis, MIRABETE (1997:78), com bastante lógica, advoga que a composição civil impediria ação ordinária de reparação de dano (art. 159, código civil) ou execução civil de sentença condenatória (art. 91, I, código penal).

Não se pode negar que a composição dos danos causados à vítima, nos crimes de ação penal pública incondicionada, não evita a ação penal ao autor do fato, todavia ela influenciará no peso da pena caso seja imposta ao autor do fato.

MAURÍCIO LOPES (FIGUEIRA JÚNIOR & LOPES, 1995:334-335) é mais ousado ao defender que o ministério público propugne e intervenha pela composição civil dos danos em crimes de ação pública e que tal acordo deveria ser homologado, servindo de título para a execução no juízo competente.

Na prática, entendemos difícil a operacionalização da composição nos crimes de ação pública incondicionada, uma vez que o suposto autor do fato irá arcar com uma indenização ao ofendido e ainda assim estará sujeito aos efeitos penais decorrentes do procedimento. Logo, não nos parece tão vantajosa essa composição dos danos civis nas ações penais públicas incondicionais.

11. Conclusão

11.1 Composição, Instituto Discriminatório?

A princípio, pode-se acusar o legislador da composição dos danos civis, de ter agido de forma discriminatória e de não levar em conta a questão da desigualdade social, uma vez que evidentemente os ofensores menos favorecidos não têm como se beneficiar da composição dos danos civis. É um fato incontestado, todavia a pobreza e desigualdade social fazem parte da história humana e o conjunto de vantagens da composição dos danos civis é de muito superior aos defeitos do instituto. Deve-se levar em conta o grande avanço no sentido da despenalização da composição e o ganho social numa sentença, em geral, líquida e de execução imediata.

A evolução é gritante desde o código de processo civil de 1939, que nada mencionava sobre a indenização civil decorrente de ato infracional, ao vigente código que aponta a sentença penal condenatória transitada em julgado como título executivo judicial: certamente, a composição civil, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, como visto, representa outro enorme avanço, pois dispensa o próprio processo tradicional fazendo surgir sentença homologatória com eficácia de título executivo, pondo a vítima em local de destaque jamais alcançado.

Como colocou CEZAR BITENCOURT (1996:110) se não houvesse desigualdades de todas as formas seria despiendo a individualização da pena. Atacar o instituto da composição dos danos civis, a ponto de querer torná-lo inconstitucional é obstacular esta evolução liberalizante do direito penal que, através da composição resgata a marginalizada e quase insignificante vítima esquecida desde o monopólio estatal da Justiça.

11.2 Um Novo Capítulo A Ser Aberto

O duplo efeito penal e civil da composição dos danos civis tem provocado um repensar na tradicional política criminal do Estado, mostrando outro caminho para solução de litígios, com vantagens para todos.

A interdisciplinariedade é a ordem do dia e é nesse somatório que encontrar-se-ão soluções às angustiadas pendências jurídicas da humanidade.

Aliás, não foi à toa que o doutor MOURA ROCHA, referindo-se ao processo de execução, de modo um tanto profético disse:

“Adaptando-nos à linha moderna da processualística teremos que, além de mantermos uma linha de “sistema”, atentarmos aos diversos ramos do direito que se entrelaçam... Aí, um novo capítulo a ser aberto”. (ROCHA, 1997:300).

E a composição dos danos civis, ao entrelaçar o penal com o civil, certamente abraça esta tendência hodierna, daí a escolha do tema.

A nosso ver, a composição dos danos civis tem tudo para se tornar vitoriosa e ter seu campo de atuação ampliado, quem sabe, atingindo infrações com penas mais elevadas e com procedimento especial.

Vivemos em uma sociedade por demais desigual e carente de justiça em todas as acepções da palavra. A impunidade e a sensação de insegurança nos fazem perguntar sobre a operacionalização desse novo instituto.

Porém, deve-se ressaltar a ousadia do legislador ao implantar um instituto com tantos efeitos, é evidente que só o uso e o passar do tempo poderão consagrá-lo ou não.

Aí está um novo capítulo sendo aberto...

Bibliografia

- BATISTA, Weber Martins & FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BITENCOURT, Antônio Carlos dos Santos. *Justiça Penal Pactuada*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativos à Pena de Prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias & LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais — Comentários à Lei 9099/95, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- JESUS, Damásio. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JUNG, André Luiz Medeiros et al. *Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Curitiba: Juruá, 1996.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Ícone, 1989.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Juizado Especial Criminal: Experiência que deu certo*. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (12):18-123, Out/Dez, 1995.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ROCHA, José de Moura. *Sistemática do Novo Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. Código de Processo Civil (Reflexões - Alteração - Inovações). Recife, *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*, (6):275-300, Out/Dez, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 2.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS

Inês Cristina Seibmann,
Mestranda em Direito Privado na Universidade
Federal de Pernambuco - UFPE. Professora de
Direito Civil da Associação de Ensino Superior
de Olinda - AESO e do Bureau Jurídico, Advogada.

*"Todo homem gravita para o lugar
que inexoravelmente lhe pertence".*

IMMANUEL KANT

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de responsabilidade civil. 3. Regra geral de responsabilidade civil. 4. Pressupostos de responsabilidade civil. 4.1. Ação ou omissão do agente. 4.2. Culpa do agente. 4.3. Relação de causalidade. 4.4. Dano experimentado pela vítima. 5. Causas de exclusão e diminuição de responsabilidade. 5.1. Culpa exclusiva e culpa concorrente da vítima e de terceiro. 5.2. Caso fortuito e força maior. 6. Da responsabilidade do empregador por ato do empregado. 6.1. Pressupostos da responsabilidade civil do patrão. 6.2. Ação regressiva. 7. Conclusão. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil sempre foi informada na idéia de culpa. Tal idéia, alicerçada no princípio geral de cunho moral, está consagrada no art. 159 do Código Civil, expressão de outro princípio secular do *neminem laedere*, segundo o qual, todo aquele que causa um dano, movido por dolo ou culpa, deverá reparar. O ato ilícito previsto neste dispositivo, que constitui o dano injusto, funciona como uma espécie de cláusula geral, que move o sistema subjetivista desde os tempos antigos. Esse sis-

tema subjetivista, em razão da enorme dificuldade, em certas hipóteses, de se demonstrar a culpa, se revelou, há muito, incapaz de proporcionar a plena reparação do dano.

Devido à estreiteza da teoria da culpa, através de construção doutrinária e jurisprudencial, surgiu uma notável alteração na forma de interpretar essa responsabilidade subjetiva. De tal maneira que, alargando o conceito de culpa para possibilitar maior reparação dos danos, se criou o mecanismo da presunção da culpa do agente, segundo a qual, em certas situações, já se tem por presumida a culpa, cabendo ao agente a demonstração de sua não-culpa. Só que essa construção chegou a um certo ponto, em que a presunção de culpa se torna absoluta em inúmeras situações nas quais o que se verifica é uma equiparação dos efeitos dessa responsabilidade subjetiva aos efeitos da responsabilidade objetiva, na medida em que não se aceita prova em contrário. O que se criou foi uma presunção absoluta de culpa. Tal como ocorre na responsabilidade do patrão, que não pode se eximir da responsabilidade de reparar um dano causado por seu empregado, demonstrando que ele não agiu com culpa indireta, ou seja, com culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*. Assim, provada a culpa do empregado não há como ser ilidida a responsabilidade do patrão, devendo, portanto, indenizar os danos causados à vítima.

2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE

Savatier, citado por Sílvio Rodrigues, define a responsabilidade civil "como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam"¹.

¹ Savatier, apud Sílvio Rodrigues. Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, 14, ed. pág. 6.

"A responsabilidade direta, simples ou por fato próprio é a que decorre de um fato pessoal do causador do dano, resultando, portanto, de uma ação direta de uma pessoa ligada à violação ao direito ou ao prejuízo ao patrimônio, por **ato culposo ou doloso**".²

Com base no art. 159 do Código Civil, Limongi França formula o conceito legal de ato ilícito, do seguinte modo: "o ato ilícito é toda ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou ocasione prejuízo a outrem". Mais adiante, salienta o insigne autor, que "a consequência prática do ato ilícito, devidamente caracterizado, é a obrigação de reparar o dano".³

Já a responsabilidade complexa, no dizer de Maria Helena, "é aquela que só poderá ser vinculada indiretamente ao responsável, não se conformando, portanto, com o princípio geral de que o homem apenas é responsável pelos prejuízos causados diretamente por ele e por seu fato pessoal. Por representar uma exceção ao princípio geral da responsabilidade, somente poderá ser encarada dentro dos termos legais, não admitindo interpretação extensiva ou ampliativa".⁴ Uma das modalidades consiste na responsabilidade por fato alheio, desde que o causador do dano esteja sob a direção de outrem, que, então, responderá pelo evento lesivo.

3. REGRA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos ensinamentos de Sílvio Rodrigues, "o princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabi-

² Maria Helena Diniz. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 7, 8. ed. pág. 354.

³ R. Limongi França. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, 4. ed., págs. 131 e 132.

⁴ Maria Helena Diniz. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 355.

dade, contradição no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é quase inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar. Tal princípio se encontra registrado, entre nós, no art. 159 do Código Civil. Af se diz: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*" Mais adiante, o ilustre autor diz que essa "regra básica da responsabilidade civil, consagrada em nosso Código Civil, implica a existência do elemento culpa, para que o mister de reparar possa surgir. Todavia, excepcionalmente, e em hipóteses específicas, nosso direito positivo admite alguns casos de responsabilidade sem culpa, ou de culpa irrefragavelmente presumida".⁵

4. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Da análise do art. 159 do Código Civil, verifica-se que são vários os pressupostos necessários para que a responsabilidade emerja. Com efeito, para emergir o dever de reparar, é necessário que haja uma ação ou omissão por parte do agente, que a mesma seja causa do prejuízo experimentado pela vítima, que haja ocorrido efetivamente um prejuízo e que o agente tenha agido com dolo ou culpa. Não ocorrendo um destes pressupostos, não aparece o dever de indenizar.

4.1 AÇÃO OU OMISSÃO DO AGENTE

O ato ilícito pode advir não só de uma ação, mas também de omissão do agente. Sempre haverá uma con-

⁵ Silvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., págs. 13 e 17.

duto do agente, quer seja ativa, que consiste no ato doloso ou imprudente, quer seja passiva, que se retrata através da negligência e que vai causar dano a alguém. A omissão só ocorre quando o agente, tendo o dever de agir de determinada maneira, deixa de fazê-lo. Daí, neste caso pratica ato ilícito por omissão, por não ter tomado as medidas de segurança que lhe cumpria tomar.

A responsabilidade do agente pode decorrer de ato próprio, como também de ato de terceiro que esteja sob sua responsabilidade. A responsabilidade por ato próprio, na lição de Silvio Rodrigues, "se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação pessoal, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo".⁶ A responsabilidade por ato de terceiro, conforme o mesmo autor, "ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele".⁷ Tal é a responsabilidade do patrão, que responde pelos atos de seus empregados. "Essa responsabilidade por fato de terceiro, consagrada pela lei e aperfeiçoada pela jurisprudência, se inspira em um anseio de segurança, no propósito de proteger a vítima. Criando uma responsabilidade solidária entre o patrão e o empregado que diretamente causou dano, fica a vítima com a possibilidade de pleitear a indenização a ela devida tanto de um como de outro daquelas pessoas e, certamente, proporá ação competente contra o amo, posto que este, ordinariamente, está em melhores condições de solvabilidade do que seu serviçal".⁸

⁶ Silvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 15.

⁷ Silvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 15.

⁸ Silvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 15.

4.2 DOLO OU CULPA DO AGENTE

Para surgir a obrigação de indenizar o dano causado é necessário que o agente tenha agido dolosa ou culposamente.

Conforme disposição legal, aquele que causar prejuízo a alguém através de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar. Desse modo, para que se caracterize a responsabilidade é necessário que se prove que a conduta do agente causador do dano tenha sido dolosa ou pelo menos culposa. A conduta será dolosa quando o agente intencionalmente procurou causar dano a alguém, ou seja, desejou o resultado danoso, ou então quando o agente, mesmo sem querer esse resultado, assumiu o risco de produzi-lo.

Agora, se o agente não procurou, não desejou o resultado danoso, mas por ter uma conduta negligente, imprudente ou por imperícia causou dano a alguém, a conduta será culposa.

O Código Civil considera ilícitos tanto os atos dolosos como os culposos, pois os seus efeitos são os mesmos, que consistem no dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil é irrelevante a distinção do grau da culpa, pois quer seja grave, leve ou levíssima haverá a necessidade de reparar o dano. Isso ocorre porque a responsabilidade de reparar o prejuízo experimentado pela vítima advém da culpa do agente, independentemente de sua intensidade, pois mesmo que levíssima, essa responsabilidade persiste.

4.3 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

“Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a

ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente”.⁹

É necessário que, entre a conduta do agente e o dano causado se demonstre a relação de causalidade. De modo que a conduta seja a causa e o dano seja o efeito. Pois, é possível que tenha havido ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja causa do outro. Ainda é possível que o dano tenha sido provocado por terceiro ou fato externo, ou por culpa exclusiva da vítima. Este pressuposto é de grande relevância, porque cabe à vítima o encargo de provar o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano por ela experimentado.

4.4 A EXISTÊNCIA DE DANO

Outro pressuposto fundamental para que surja a responsabilidade é o dano. A existência de dano é a condição *sine qua non* da obrigação de indenizar. Pois uma pessoa pode até atuar dolosa ou culposamente, mas se não causar dano a terceiro, seu ato não gera qualquer obrigação de indenizar, uma vez que a responsabilidade civil só existirá se houver prejuízo para alguém. Portanto, o ato ilícito só produz efeitos na órbita do direito civil se causar algum dano, quer seja moral ou patrimonial.

5. CAUSAS DE EXCLUSÃO E DIMINUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Para que emerja a responsabilidade civil, se faz necessária a presença de todos os seus pressupostos, ou seja,

⁹ Silvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 17.

4.2 DOLO OU CULPA DO AGENTE

Para surgir a obrigação de indenizar o dano causado é necessário que o agente tenha agido dolosa ou culposamente.

Conforme disposição legal, aquele que causar prejuízo a alguém através de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, fica obrigado a reparar. Desse modo, para que se caracterize a responsabilidade é necessário que se prove que a conduta do agente causador do dano tenha sido dolosa ou pelo menos culposa. A conduta será dolosa quando o agente intencionalmente procurou causar dano a alguém, ou seja, desejou o resultado danoso, ou então quando o agente, mesmo sem querer esse resultado, assumiu o risco de produzi-lo.

Agora, se o agente não procurou, não desejou o resultado danoso, mas por ter uma conduta negligente, imprudente ou por imperícia causou dano a alguém, a conduta será culposa.

O Código Civil considera ilícitos tanto os atos dolosos como os culposos, pois os seus efeitos são os mesmos, que consistem no dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil é irrelevante a distinção do grau da culpa, pois quer seja grave, leve ou levíssima haverá a necessidade de reparar o dano. Isso ocorre porque a responsabilidade de reparar o prejuízo experimentado pela vítima advém da culpa do agente, independentemente de sua intensidade, pois mesmo que levíssima, essa responsabilidade persiste.

4.3 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

"Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a

ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente".⁹

É necessário que, entre a conduta do agente e o dano causado se demonstre a relação de causalidade. De modo que a conduta seja a causa e o dano seja o efeito. Pois, é possível que tenha havido ato ilícito e tenha havido dano, sem que um seja causa do outro. Ainda é possível que o dano tenha sido provocado por terceiro ou fato externo, ou por culpa exclusiva da vítima. Este pressuposto é de grande relevância, porque cabe à vítima o encargo de provar o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano por ela experimentado.

4.4 A EXISTÊNCIA DE DANO

Outro pressuposto fundamental para que surja a responsabilidade é o dano. A existência de dano é a condição *sine qua non* da obrigação de indenizar. Pois uma pessoa pode até atuar dolosa ou culposamente, mas se não causar dano a terceiro, seu ato não gera qualquer obrigação de indenizar, uma vez que a responsabilidade civil só existirá se houver prejuízo para alguém. Portanto, o ato ilícito só produz efeitos na órbita do direito civil se causar algum dano, quer seja moral ou patrimonial.

5. CAUSAS DE EXCLUSÃO E DIMINUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Para que emerja a responsabilidade civil, se faz necessária a presença de todos os seus pressupostos, ou seja,

⁹ Silvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 17.

o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade. De modo que se faltar qualquer um desses pressupostos não se configurará a responsabilidade. Então, será ilidida a responsabilidade se se provar que não houve dano, ou que não houve culpa do agente, ou, ainda que inexistente relação de causalidade. E será mitigada, se houver mais de uma causa ensejadora do dano, como a culpa concorrente da vítima.

5.1 CULPA EXCLUSIVA E CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA E DE TERCEIRO

Se o dano for causado não por culpa do agente, mas por culpa exclusiva da vítima, não se configura a responsabilidade, não há que se falar em indenização, pois o agente não contribuiu para o resultado danoso, mas tão só a própria vítima. Por isso, se exclui a responsabilidade, uma vez que inexistente a relação de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso.

Se o dano for causado por culpa do agente e, também, por culpa da vítima haverá a diminuição da responsabilidade, pois se a vítima também concorreu para o evento danoso, com sua própria conduta negligente ou imprudente, é natural que essa responsabilidade seja atenuada. Então, a culpa concorrente da vítima mitiga essa responsabilidade, uma vez que há mais de uma causa ensejadora do dano. E por isso, deverá o magistrado chegar a uma equidade, de modo que se mitigue essa responsabilidade, fixando a indenização em montante inferior ao prejuízo, dependendo do grau de culpa com a qual concorreu a vítima, pois não seria justo que uma só parte suportasse os prejuízos, uma vez que ambas concorreram para o evento danoso.

Verificando-se a culpa exclusiva de terceiro, não haverá a obrigação por parte do agente, porque há a quebra do nexo de causalidade, uma vez que a causa do dano foi um ato culposo praticado por terceiro. E o dever de indenizar será deste e não daquele. Agora, devemos esclarecer que, quando essa culpa não for exclusiva, mas concorrente, haverá a responsabilidade solidária entre o agente e o terceiro.

5.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O caso fortuito e a força maior são causas excludentes da responsabilidade, pois, se o evento danoso foi provocado por força maior ou caso fortuito, deixa de existir o pressuposto nexo de causalidade, inexistindo, portanto, a responsabilidade por parte do agente. Uma vez que, a causa do dano não foi um ato culposo do agente, mas o fortuito ou força maior.

Na existência de caso fortuito ou de força maior, por excluir a responsabilidade do agente cabe-lhe a alegação e a prova de tal fato.

6. DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ATO DO EMPREGADO

A responsabilidade civil pode resultar da conduta do próprio agente, como também, "de fato praticado por pessoa por quem se responde".¹⁰ Leciona Maria Helena que na responsabilidade por fato alheio "alguém responderá, indiretamente, por prejuízo resultante da prática de um ato ilícito por outra pessoa, em razão de se encontrar ligado a ela, por disposição legal. Há dois agentes, portan-

¹⁰Silva Rodrigues, Responsabilidade Civil, Ob. cit., pág. 55.

to: o causador do dano e o responsável pela indenização. Tal responsabilidade surge de fato praticado por pessoa por quem se é responsável".¹¹

O Código Civil, no art. 1.521, inciso III, trata da responsabilidade do patrão, amo ou comitente, por atos dos empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele. Diz Sílvio Rodrigues que, "do exame desse texto, feito isoladamente, poderia defluir a idéia de que o legislador de 1916 ter-se-ia divorciado, nesse passo, da teoria de culpa, acolhida pelo Código Civil em matéria de responsabilidade civil, para admitir a teoria objetiva de uma responsabilidade sem culpa".¹² Porém, isso não ocorre, porque o art. 1.523 condiciona a responsabilidade do patrão à prova de sua culpa.

Por isso, com muita propriedade, aduz Caio Mário que "a responsabilidade civil do patrão, amo ou comitente enfrenta um dos mais graves problemas da responsabilidade indireta, ao mesmo tempo que reflete o mais amplo trabalho de adaptação do preceito legal às necessidades atuais". E, continua o ilustre autor, dizendo que "o enunciado do art. 1.521, n.º III, estatui o princípio absoluto da responsabilidade do empregador. Mas, logo em seguida vem o art. 1.523, segundo o qual a responsabilidade se positivaria, provando-se que concorreu ele com culpa ou negligência de sua parte. Assim estabelecendo, o Código dava com uma das mãos e retirava com a outra".¹³

Essa solução adotada pelo Código Civil, salienta Sílvio Rodrigues, "foi, de um certo modo, retrógrada, porque ela desatendeu a um anseio de segurança e de justiça,

muito difundido entre os escritores atuais, no sentido de evitar, dentro do possível, que a vítima do dano fique irressarcida". Com efeito, ressalta o ilustre autor, que se se determinar que o patrão só é compelido "a reparar o dano quando for provada a sua culpa, na maioria dos casos, a vítima não conseguirá produzir tal prova. Ser-lhe-á extremamente difícil demonstrar que houve por parte do patrão, por exemplo, negligência ou imprudência na escolha, culpa in eligendo, ou na vigilância, culpa in vigilando, de seu empregado que causou o prejuízo. De modo que, impossibilitada de provar a culpa do patrão, a vítima só terá ação de ressarcimento contra o empregado, que ordinariamente tem escassos recursos e, embora vencido na ação de responsabilidade, não pode reparar o dano".¹⁴

Para Aguiar Dias, "patrão e empregado, preponente e preposto são, pois, nesse produto de conciliação entre o princípio subjetivo e as necessidades da política da reparação do dano, uma só e única pessoa. Abstrai-se do fato de ter sido o dano produzido materialmente pelo empregado. Este foi apenas o elo, o instrumento através do qual se realizou o fato danoso, isto é, através do qual se manifestou a falha de organização de que resultou que o serviço prejudicasse a outrem".¹⁵

Mazeaud et Mazeaud, citados por Aguiar Dias, explicam que o patrão, quando recorre aos serviços do preposto "...não faz outra coisa senão prolongar sua atividade própria... a culpa do preposto é como efeito da sua: tudo deve passar-se como se fosse demonstrada sua culpa".¹⁶

11 Maria Helena Diniz. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 356.

12 Sílvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 36.

13 Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 4.ª ed., pág. 94.

14 Sílvio Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 58.

15 José de Aguiar Dias. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1979. VII, 6.ª ed. págs. 191 e 192.

16 Mazeaud et Mazeaud apud José de Aguiar Dias. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1979. VII, 6.ª ed., pág. 191.

Assim, "atendendo a que as circunstâncias da vida econômica e social sofreram radical mudança, a doutrina e a jurisprudência passaram a encarar o problema de um outro ângulo. Convenceram-se de que não teria validade, para efeito de concretizar a responsabilidade do patrão, impor ao lesado a prova de culpa deste, ou da concorrência de culpa ou negligência. Neste sentido, a jurisprudência evoluiu para a *presunção de culpa*, tal como resulta da *Súmula da jurisprudência preponderante no Supremo Tribunal Federal*, Verbete n.º 341, *in verbis*: *É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*".¹⁷

Desse modo, como alude Maria Helena Diniz, "o ofendido não mais deverá comprovar a culpa concorrente do patrão, porém apenas demonstrar a relação de subordinação entre o agente direto e a pessoa incumbida legalmente de exercer sobre ele a vigilância, a existência do dano e que este foi causado por culpa do preposto. Provada esta, haverá culpa do patrão, desde que o empregado se encontre a serviço, no exercício do trabalho, ou por ocasião dele. A culpa do patrão será presumida e a do preposto deverá ser provada pela vítima do dano. Assim, o patrão só se isentará da responsabilidade, se tiver a seu favor alguma das escusas legais e, se não as tiver, deverá ressarcir o dano, pagando a devida indenização. Provada a culpa do preposto, indiscutível é a responsabilidade civil do preponente, na conformidade da Súmula 341 do Excelso Pretório, independentemente de qualquer comprovação da culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do patrão. Nesta hipótese, a culpa do preponente é presumida e somente pode ser ilidida pela comprovação do caso fortuito

17Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1963, 4.ª ed., pág. 95.

ou força maior.(...) Ao titular da indenização resultante de ato ilícito cabe opção entre acionar o autor do ato ilícito juntamente com o seu preponente ou somente a este". Conclui a autora dizendo que "a jurisprudência tem entendido que tal presunção de culpa não é apenas *juris tantum*, mas *legis et de lege* equipolente à responsabilidade objetiva".¹⁸

6.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PATRÃO

Nos ensinamentos de Sílvio Rodrigues, "para que a responsabilidade do patrão emerja faz-se mister a presença dos seguintes pressupostos: a) culpa do empregado; b) relação de emprego ou de dependência do agente direto do dano, para com o patrão, amo ou comitente; c) que o ato danoso do preposto se dê no exercício do trabalho, ou por ocasião dele. A necessidade de que o ato danoso advenha de *culpa do empregado* é manifesta. Em um sistema em que o requisito *culpa* é elementar para caracterizar a responsabilidade civil, a ausência de culpa é excludente da responsabilidade. Ora, se o empregado que causou o dano não teve culpa, nem ele nem seu patrão devem responder. O segundo elemento é a relação de emprego ou de preposição". Sustenta o ilustre autor "que o patrão, ao contratar o empregado para determinada tarefa, ou o preponente ao encarregar o preposto de certa atividade, criou um risco de que eles causem dano a terceiro. Ora, é óbvio que se tal relação de emprego ou de preposição inexistente, não houve a criação daquele risco, pelo patrão ou comitente, donde derivaria para eles o dever de reparar. Opinião que tem adeptos é a que entende não ser imprescindível a remuneração

18Maria Helena Diniz, *Responsabilidade Civil*, Ob. cit., pág. 364.

do preposto, nem a permanência das relações entre preposto ou preponente. Finalmente o terceiro requisito, para que a responsabilidade do preponente emerja (e tal requisito decorre da lei), é o de que os atos do preposto sejam praticados *no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele* (CC, art. 1.521, III).¹⁹

Sustentam Mazeaud e Mazeaud, citados por Caio Mário, "que inexiste a obrigação ressarcitória quando o causador do dano agia fora de suas funções".²⁰

A responsabilidade do patrão, para De Page, citado pelo mesmo autor, existe "desde que o ato danoso seja cometido durante o tempo de serviço, e esteja em relação com este serviço".²¹ Mas, essa responsabilidade inexiste "se o ato realmente verificou-se fora do serviço, isto é, sem conexão nem de tempo, nem de lugar de serviço com as funções confiadas ao agente".²²

Portanto, presentes esses pressupostos "o empregador responde pelo dano causado, e é obrigado a repará-lo. Trata-se de um princípio de ordem pública. De nada vale o patrão anunciar que não se responsabiliza pelos acidentes, pois que se trataria de declaração unilateral de vontade, que não tem o efeito de ilidir a responsabilidade".²³

Rui Stoco seleciona uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos seguintes termos: "em qualquer hipótese, para que subsista a responsabilidade do patrão por ato culposo do empregado preciso será que esteja a serviço, ou por ocasião dele. Sem a demonstração dessa circunstância não é lícito concluir pela responsabilidade do preponente".²⁴

19 Silvío Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., págs. 70 a 72.

20 Mazeaud e Mazeaud apud Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1993, 4ª edição, pág. 95.

21 De Page apud Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 95.

22 Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 95.

23 Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 95.

24 Rui Stoco. Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 3ª edição, pág. 349.

6.2 AÇÃO REGRESSIVA

Leciona Caio Mário que "em qualquer caso de responsabilidade indireta quem houver suportado seus efeitos tem ação de *in rem verso* contra aquele pelo qual tiver pago. O que predomina na concepção da responsabilidade civil é a garantia prestada à vítima. A ação regressiva instituída no art. 1.524 do Código Civil (e reproduzida no art. 936 do Projeto 634-B, de 1975) não prejudica o direito da vítima ao ressarcimento. É um direito de ação autônomo em relação ao que estabelece o dever ressarcitório. Este cabe, fundamental e ontologicamente, ao causador do dano, sendo a responsabilidade por fato de outrem um meio legal de resguardar ao máximo o direito da vítima. Não implica, portanto, imunidade do responsável direto. Ao revés, reforça-se o direito do lesado pelo fato de ter de quem obter a reparação". E conclui o eminente autor dizendo que "lícita, será, sem dúvida, a ação regressiva do preponente contra o preposto, se aquele ressarcir o dano causado por este, embora na maioria dos casos sem consequência prática, atendendo a que a resistência econômica do preposto não suporte os efeitos da ação de *in rem verso*".²⁵

7. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, devemos salientar que o Projeto do Código Civil de 1975, no dizer de Silvío Rodrigues, "merece aplauso, pois cria uma responsabilidade objetiva, independente da idéia de culpa"²⁶, pois determina o art. 934 que o patrão responderá pelos atos prati-

25 Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Ob. cit., págs. 99 e 100.

26 Silvío Rodrigues. Responsabilidade Civil. Ob. cit., pág. 80.

cados por seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele independente de culpa. Cria-se, portanto, a responsabilidade objetiva, que atende mais aos anseios sociais de justiça, pois evitará que a vítima do dano fique irressarcida.

Aduz Caio Mário que, "com tal doutrina, a responsabilidade indireta dá um passo mais avançado, independentemente da idéia de culpa, real ou presumida. Será bastante comprovar a relação de emprego ou preposição, a existência do dano e a circunstância de que este foi causado pelo empregado ou preposto, nesta condição. Essa responsabilidade subsiste, ainda que não haja culpa do patrão".²⁷

Portanto, "a responsabilidade indireta do empregador percorre uma curva de cento e oitenta graus, partindo da concorrência de culpa, caracterizada pela culpa *in eligendo* ou *in vigilando*; passando pela presunção de culpa do preponente; e marchando para a responsabilidade objetiva, que, de *iure condendo* será a meta próxima, com a aplicação da teoria do risco".²⁸

No mesmo sentido, entende Sílvio Rodrigues, ao propugnar que a responsabilidade do patrão pelos atos do empregado, deve ser objetiva, independentemente da idéia de culpa. Pois, para o insigne autor, o patrão cria "um risco de que o empregado cause dano a outrem. É justo, portanto, que responda por esse risco se o empregado, agindo culposamente, causar dano a terceiro, mesmo que para tal prejuízo não haja o patrão concorrido com culpa".²⁹

BIBLIOGRAFIA

- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, V.II, 6. ed.
- DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 7., 8. ed.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, 4. ed.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, 4. ed.
- RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, 14. ed.
- _____. *Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, 23. ed.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997, 3. ed.
- VENOSA, Sílvio. *Direito Civil – Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 1987, v. 1, 2. ed.

27 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. Ob. cit., pág. 96.

28 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. Ob. cit., pág. 96.

29 Sílvio Rodrigues. *Responsabilidade Civil*. Ob. cit., pág. 70.

CONCURSO DE PESSOAS

Iracema Rebeca de Medeiros Fazio.

Aluna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

1- Introdução. 2- *Natureza Jurídica do Concurso de Agentes.* 3- *Causalidade física e psíquica.* 4- *Requisitos.* 5- *Autoria.* 6- *Autoria Mediata.* 7- *Co-autoria.* 8- *Participação.* 9- *Concurso em crime culposo.* 10- *Concurso em crimes omissivos.* 11- *Autoria colateral.* 12- *Autoria incerta.* 13- *Multidão delinqüente.* 14- *Cooperação dolosamente distinta.* 15- *Aplicação da pena no concurso de pessoas (medida da culpabilidade).* 16- *Conclusões.* 17- *Bibliografia.*

1. Introdução

Na maior parte dos casos, o direito é praticado por um único indivíduo, a quem se reservou o título de "autor". Algumas vezes, no entanto, o "autor" não age isoladamente: há diversos "autores" que atuam em conjunto, numa literal divisão de tarefas. Outras vezes, certos indivíduos são alcançados pela lei penal não porque tenham praticado uma conduta ajustável a uma figura delitiva, mas porque, embora executando atos sem conotação típica, contribuíram, objetiva e subjetivamente, para a ação criminosa de outrem. Para eles, foi atribuída a denominação de "partícipes". O legislador de 84 não se preocupou em definir, em termos legais, nem o conceito de autoria, nem tampouco o de co-autoria, dele decorrencial. Apar-

tou-se, sob esse ângulo, dos modernos diplomas penais estrangeiros. A questão ficou, deste modo, entregue à doutrina, mas sua importância prática é indubitosa, visto que o conceito de participação está preso, por uma relação de dependência, ao de autoria. Tanto isto é exato que, na formulação do art. 29 da PG/84, foi empregado o verbo "concorrer", cujo sentido básico é o de "juntar-se (para uma ação comum), contribuir, cooperar", o que significa um procedimento secundário, acessório e faz pressupor uma conduta principal.

Antes do exame de cada um dos conceitos — autoria, co-autoria, participação —, é necessário enfatizar que o legislador de 84, revelando um apuro técnico maior do que o de 40, denominou o título que trata da matéria, de "concurso de pessoas". Este *nomen iuris* pôs termo à equivocidade que ensejava a denominação atribuída ao texto legal anterior (art. 25 da PG/40): "co-autoria". Durante largo espaço de tempo, a participação não logrou obter sua autonomia conceitual, sufocada pela denominação legal. A idéia de co-autoria sobrepunha-se à de participação, como se os dois conceitos tivessem áreas iguais de significado. Agora, tornou-se possível demarcar, com maior precisão, os limites desses conceitos, evitando-se inadmissíveis confusões.

2. Natureza jurídica do concurso de agentes

São várias as teorias a respeito da natureza do concurso de agente, quando se procura estabelecer se existe na hipótese um só ou vários delitos, delas defluindo soluções diversas quanto à aplicação da pena. Segundo a concepção tradicional da teoria monista, unitária ou igualitá-

ria, o crime, ainda quando tenha sido praticado em concurso de várias pessoas, permanece único e indivisível. Não diferem, entre si, as várias categorias de pessoas (autor, co-autor, partícipe, instigador, cúmplice, etc.), sendo todos os autores (ou co-autores) do crime. Dessa regra, deduz-se que "toda pessoa que concorre para a produção do crime o causa em sua totalidade e, por ele, se imputa integralmente o delito da conduta de cada um dos partícipes"¹. O crime é, portanto, "o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente"². Tal concepção advém da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado; mas seu mais importante fundamento nasce da política criminal, uma vez que estabelece punição igual a todos os participantes de um mesmo delito. O Código Penal de 1940 já adotava esta teoria ao determinar no art. 25 que "quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas". Ao considerar, então, que todos que participam do crime são autores dele, evitou a lei, "uma série de questões resultantes da adoção pela lei anterior, de dispositivos que se referiam a autores, cúmplices, auxílio necessário, auxílio secundário, induzimento, mandato, etc"³.

Conforme a ótica pluralística, a multiplicidade de agentes corresponde a um real concurso de ações distintas e, em conseqüência, a uma pluralidade de delitos, praticando cada uma das pessoas crime próprio, autônomo⁴. Significa dizer que a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. Já para a teoria dualística, no concurso de

1 ANTOLISEI, Francisco. Manual de Derecho Penal. Ushua Argentina, 1946, p. 395.
2 BITENCOURT, César Roberto. Manual de Direito Penal, Parte Geral, RT, 1997, p. 402.
3 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, v. I, Atlas, 1997, p. 224.
4 Cf. MASSARI, Il momento esecutivo del reato, p. 198, apud ANTOLISEI, Francisco, op.cit., p. 393.

tou-se, sob esse ângulo, dos modernos diplomas penais estrangeiros. A questão ficou, deste modo, entregue à doutrina, mas sua importância prática é indubitosa, visto que o conceito de participação está preso, por uma relação de dependência, ao de autoria. Tanto isto é exato que, na formulação do art. 29 da PG/84, foi empregado o verbo "concorrer", cujo sentido básico é o de "juntar-se (para uma ação comum), contribuir, cooperar", o que significa um procedimento secundário, acessório e faz pressupor uma conduta principal.

Antes do exame de cada um dos conceitos — autoria, co-autoria, participação —, é necessário enfatizar que o legislador de 84, revelando um apuro técnico maior do que o de 40, denominou o título que trata da matéria, de "concurso de pessoas". Este *nomen iuris* pôs termo à equivocidade que ensejava a denominação atribuída ao texto legal anterior (art. 25 da PG/40): "co-autoria". Durante largo espaço de tempo, a participação não logrou obter sua autonomia conceitual, sufocada pela denominação legal. A idéia de co-autoria sobrepunha-se à de participação, como se os dois conceitos tivessem áreas iguais de significado. Agora, tornou-se possível demarcar, com maior precisão, os limites desses conceitos, evitando-se inadmissíveis confusões.

2. Natureza jurídica do concurso de agentes

São várias as teorias a respeito da natureza do concurso de agente, quando se procura estabelecer se existe na hipótese um só ou vários delitos, delas defluindo soluções diversas quanto à aplicação da pena. Segundo a concepção tradicional da teoria monista, unitária ou igualitá-

ria, o crime, ainda quando tenha sido praticado em concurso de várias pessoas, permanece único e indivisível. Não diferem, entre si, as várias categorias de pessoas (autor, co-autor, partícipe, instigador, cúmplice, etc.), sendo todos os autores (ou co-autores) do crime. Dessa regra, deduz-se que "toda pessoa que concorre para a produção do crime o causa em sua totalidade e, por ele, se imputa integralmente o delito da conduta de cada um dos partícipes"¹. O crime é, portanto, "o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente"². Tal concepção advém da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado; mas seu mais importante fundamento nasce da política criminal, uma vez que estabelece punição igual a todos os participantes de um mesmo delito. O Código Penal de 1940 já adotava esta teoria ao determinar no art. 25 que "quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas". Ao considerar, então, que todos que participam do crime são autores dele, evitou a lei, "uma série de questões resultantes da adoção pela lei anterior, de dispositivos que se referiam a autores, cúmplices, auxílio necessário, auxílio secundário, induzimento, mandato, etc."³.

Conforme a ótica pluralística, a multiplicidade de agentes corresponde a um real concurso de ações distintas e, em conseqüência, a uma pluralidade de delitos, praticando cada uma das pessoas crime próprio, autônomo⁴. Significa dizer que a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. Já para a teoria dualística, no concurso de

1 ANTOLISEI, Francisco. Manual de Derecho Penal. Ushua Argentina, 1946, p. 395.
2 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral, RT, 1997, p. 402.
3 MIRABETE, Julio Fabrice. Manual de Direito Penal, v. I, Atlas, 1997, p. 224.
4 Cf. MASSARI, Il momento esecutivo del reato, p. 198, apud ANTOLISEI, Francisco, op. cit., p. 303.

pessoas há um crime para os autores e outro para os partícipes; portanto, existe no crime uma ação principal, que é a ação do autor ou co-autor do crime, e ações secundárias, acessórias, que são realizadas pelas pessoas que instigam ou auxiliam o autor a cometer o delito (partícipes).

O Código Penal atual, por sua vez, em seu art. 29 preceitua, *in verbis*: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". A lei penal vigente, em princípio, continua adotando a teoria monista, dispondo que só há um crime em que todos os participantes respondem por ele, incidindo na mesma pena abstratamente fixada⁵. O legislador, entretanto, diante das críticas à teoria monista, buscou regras precisas para distinguir a autoria e participação, como assim se depreende da análise da exposição de motivos da Lei n.º 7.229. Impõe-se ainda a manutenção da teoria monista, em virtude da exigência de certeza, de justiça e de segurança; entretanto, a referência à culpabilidade consubstancia-se numa "proclamação de princípios" que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma autêntica "cláusula salvatória" contra os excessos a que poderia levar a uma interpretação literal e radicalizante do disposto no antigo art. 25 do CP⁶. Embora a lei não distinga expressamente a co-autoria da participação, essa dicotomia é revelada, por exemplo, no art. 62, IV do CP, no que se refere à execução (e portanto a autoria ou co-autoria) e à participação no crime mercenário.

A aplicação do princípio da unidade do crime no que diz respeito à fixação da pena em concreto no concurso de agentes, de muito é reduzida pela ressalva legal do atendimento à culpabilidade na aplicação da pena de cada um dos agentes e pelo disposto no §2º do art. 29,

5 Cfr. DOTTI, René Ariel, O concurso de pessoas. Ciência Penal. Forense, 1981.

6 Cfr. DOTTI, René Ariel, *op.cit.*, p. 100.

que determina a punição pelo crime menos grave do concorrente que quis participar do delito e não do realmente praticado. No art. 29, caput, determina-se que todos os que deram causa ao resultado respondam por este, mas as ressalvas desse dispositivo e do § 2º impõem a verificação quanto a cada um dos concorrentes, sobre o elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) e da censurabilidade da conduta. Nessas exceções, a lei aproxima-se da teoria dualista, distinguindo co-autoria de participação.

Ressalte-se, ademais, que o Código consigna exceções ao princípio unitário na parte especial. Assim, no aborto consentido o provocador do resultado pratica crime mais grave que a gestante; na bigamia é mais grave o fato para o agente casado anteriormente do que o solteiro que com ele se casa; na corrupção há crimes diversos em relação ao funcionário e ao particular que o corrompe, etc.

Cumpra-se, ainda, trazer à baila os ensinamentos de Mezger, para quem: "...*En el Derecho alemán positivo se reconocen, en parte de maneira expresa y en parte tácitamente, las siguientes formas de participación en el delito: La autoria, que a su vez comprende, según el uso corriente del lenguaje: la autoria de una sola persona, inclusive la denominada autoria accesorio, la co-autoria del parágrafo 47 del Código Penal y, la autoria mediata. La participación, que a su vez comprende: la instigación del parágrafo 48 del Código penal y el auxilio (complicidad) del parágrafo 49 del mismo texto*"⁷.

7 MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Editora Revista de Derecho Privado, 1933, p. 276.

3. Causalidade física e psíquica

A solução do problema do concurso de pessoas, de acordo com a doutrina, está intimamente relacionada com a teoria utilizada em relação ao modo causal. Adotou o CP brasileiro a teoria da equivalência das condições, que não distingue causa e condição na produção do resultado típico.

Entretanto, dois são os elementos indispensáveis à solução do problema da "co-delinquência" - um deles, já citado, é o que se configura como causalidade, elemento material, objetivo do concurso (contribuição causal física); o outro é a vontade e consciência de participar da obra comum - trata-se do elemento subjetivo do concurso. Portanto, o concurso de pessoas compreende não só a contribuição causal, puramente objetiva, mas também a contribuição subjetiva, pois, conforme Soler⁸, "participar não quer dizer só produzir, mas produzir típica, anti-jurídica e culpavelmente" um resultado proibido.

A causalidade psíquica (ou moral), ou seja, a consciência da participação no concurso de agentes acompanha a causalidade física (nexo causal). Quando a lei determina que aquele que "de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas", a amplitude do texto deve ser entendida em correspondência com a causalidade material e psíquica. Conseqüentemente, quem concorre para um evento, consciente e voluntariamente (visto que concorrer para o crime é desejá-lo), responde pelo resultado⁹.

Torna-se, então, imprescindível, a consciência e a vontade de participar, elementos que não necessitam revestir-se da qualidade de "acordos-prévios" que, uma

vez existentes, representarão apenas a forma ordinária de adesão de vontades na realização de uma figura típica¹⁰. A consciência de colaborar na realização de uma conduta delituosa pode faltar no verdadeiro autor que, aliás, pode até desconhecer-la, ou não desejá-la, bastando que o outro agente deseje aderir à empresa criminosa¹¹. Porém, ao partícipe é indispensável essa adesão consciente e voluntária, não só na ação comum, mas também no resultado pretendido pelo autor principal¹². Inexistente o nexo causal ou o liame subjetivo, não ocorrerá o concurso de agentes, ainda que o sujeito desejasse participar do ilícito.

Há jurisprudência vasta a respeito do tema, entendendo-se no sentido de que as várias condutas dos partícipes ligados ao fato material pelo nexo de causalidade física não são suficientes para a existência da participação. Imprescindível, portanto, é o elemento subjetivo, pelo qual cada concorrente tem consciência de contribuir para a realização da obra comum. Mais ainda, há jurisprudência, inclusive, excluindo o concurso de pessoas no caso de ausência do vínculo psicológico.

4. Requisitos

Para que ocorra o concurso de agentes, além da existência de elementos de natureza objetiva e subjetiva, é indispensável a presença dos seguintes requisitos:

¹⁰ Para Soler, é suficiente o conhecimento da própria ação como parte de um todo, sendo despidendo o pacto sceleris formal ao qual os franceses atribuíram valor exagerado. SOLER, Sebastião. *Op. cit.*, p. 255.

¹¹ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penal. Tomo II (tradução de Paulo José de Costa Júnior e Alberto Silva Franco)*. São Paulo: RT, 1976, p. 254.

¹² BRUNO, Anibal. *Diritto Penal*. P. 262.

⁸ SOLER, Sebastião. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, p. 240.

⁹ RT 531/328, 546/449.

- a) **PLURALIDADE DE AGENTES E CONDUTAS:** Existem hipóteses em que a pluralidade de agentes é da própria essência do tipo penal. Daí falar-se em crimes de concurso necessário ou plurissubjetivos. Fala-se em concurso eventual, quando, podendo o delito ser praticado por uma só pessoa, é cometido por várias. O princípio segundo o qual quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas, somente é aplicável aos casos de concurso eventual, com exclusão do concurso necessário. Nestes, como a norma incriminadora exige a prática do fato por mais de uma pessoa, não há necessidade de estender-se a punição por intermédio da disposição ampliativa a todos os que o realizam. Eles estão cometendo o delito materialmente. São só co-autores. Isso não impede, entretanto, a participação. Deve-se ter em mente que apesar de todos os participantes desejarem contribuir com sua ação na realização de uma conduta punível, não o fazem necessariamente da mesma forma e nas mesmas condições, posto que alguns praticam o fato material típico, representado pelo verbo núcleo tipo, outros limitam-se a instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente o executor ou executores, praticando atos que em si mesmos seriam atípicos¹³;
- b) **RELEVÂNCIA CAUSAL DE CADA UMA DAS AÇÕES:** A conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo o comportamento constitui "participação", pois precisa ter "eficácia cau-

sal"¹⁴ provocando, facilitando ao menos estimulando a realização da conduta principal. As várias condutas devem constituir procedimentos de contribuição ao delito ou antecedentes causais necessários à sua produção. É preciso que a conduta seja relevante para o Direito Penal. Significa que nem todo comportamento constitui participação, pois precisa ser eficaz, no sentido de haver provocado ou facilitado a conduta principal ou a eclosão do resultado¹⁵. O princípio da causalidade é a base fundamental da construção dogmática da co-delinquência. É da eficácia causal da participação no produzir o fato típico que surge a co-delinquência e a punição do participante. Enfim, não há participação no crime, relevante para o direito penal, sem ato exterior que se inclua na cadeia causal. Assim decidiu o Exmo. Sr. Des. Hoepfner Dutra, do TJ-SP "Para a boa interpretação do art.25 do CP (atual art.29), que traça os lineamentos da co-autoria, deve-se ter em conta a sua vinculação aos dispositivos contidos nos arts. 11 e 15 (atuais arts. 13 e 18). Quando a lei diz que aquele que 'de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas', a amplitude do texto deve ser entendida em correspondência com a causalidade material e psíquica. Consequentemente, quem concorre para um evento, visto que concorrer para o crime é desejá-lo, consciente e voluntariamente, através do resultado, deseja esse evento. É a ação e o resultado vistos através da relação de causalidade sem o que não se pode imputar a alguém a responsabilidade de um fato. Sempre que a ação consti-

13 FERRAZ, Esmar de Figueiredo. A co-delinquência no moderno direito penal brasileiro. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 25.

14 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. V. I. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 365.
15 Nesse sentido: RT 546/449, 713/341 e 343.

tua uma fator causal do resultado delituoso, tanto no sentido físico como no sentido moral, tem-se que o agente viola, com seu comportamento isolado ou concorrente, a norma penal. Concorrer, pois, é ser co-autor e, assim, tudo quanto concorreu para o resultado em relação a este se apresenta como causa e todos quantos concorrerem para esse resultado, para aquele todo, são autores." (TJSP-AC - Re. Hoepfner Dutra - RJTJSP 22/493 e RT 432/319);

- c) **LIAME SUBJETIVO ENTRE OS AGENTES:** Há que se exigir um liame psicológico entre os vários autores, ou seja, a consciência de que cooperam numa ação comum. Não basta atuar o agente com dolo (ou culpa), sendo necessária uma relação subjetiva entre os concorrentes. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilização pelas conseqüências da ação. Inexistente esse liame psicológico, não há que se reconhecer o concurso de agentes disciplinado no art. 29 do CP. O simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, "conivência, que não é punível, a título de participação, se não constituir pelo menos, alguma forma de contribuição causal, ou então, constituir, por si mesma, uma infração típica. Tampouco será responsabilizado como partícipe quem, tendo ciência da realização de um

delito, não o denuncia às autoridades, salvo se tiver o dever jurídico de fazê-lo"¹⁶. Em conformidade com o analisado, são várias as decisões; veja-se uma delas: "O que se requer para a configuração da co-autoria é a adesão de vontades conscientes, ou, pelo menos, que o co-autor pratique a ação ou se omita voluntariamente, prevendo que de sua conduta derive o resultado. A simples voluntariedade na permissão tem sido considerada razão suficiente para se estimar a co-autoria punível", (TACRIM - SP - AC - Rel. Carmo Sampaio - RT - 564/356);

- d) **IDENTIDADE DE INFRAÇÃO PENAL:** Para que o resultado da ação de vários participantes possa ser atribuída a todos, "tem que consistir em algo juridicamente unitário"¹⁷. Como afirma Damásio, não é propriamente um requisito, mas conseqüência jurídica diante das outras condições¹⁸. Nesse sentido, encontram-se decisões, destacando-se: "Da equivalência das condições segue-se a equivalência, em princípio, da responsabilidade de todos os que põem uma condição para que o fato ocorra. E com isso se suprime a existência de categorias aprioristicamente distintas entre os partícipes. O agente é punível não porque colaborou na ação de outrem, mas porque, com sua ação ou omissão, contribuiu para que se cometesse o crime". (TJSP - Rev. - Rel. - Gentil Leite - RT 531/328)

¹⁶ MIRABETE, Op. cit., p. 227.

¹⁷ BETTIOL, Op. cit., p. 251.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 368.

tua uma fator causal do resultado delituoso, tanto no sentido físico como no sentido moral, tem-se que o agente viola, com seu comportamento isolado ou concorrente, a norma penal. Concorrer, pois, é ser co-autor e, assim, tudo quanto concorreu para o resultado em relação a este se apresenta como causa e todos quantos concorrerem para esse resultado, para aquele todo, são autores." (TJSP-AC – Re. Hoepfner Dutra – RJTJSP 22/493 e RT 432/319);

- c) **LIAME SUBJETIVO ENTRE OS AGENTES:** Há que se exigir um liame psicológico entre os vários autores, ou seja, a consciência de que cooperam numa ação comum. Não basta atuar o agente com dolo (ou culpa), sendo necessária uma relação subjetiva entre os concorrentes. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilização pelas conseqüências da ação. Inexistente esse liame psicológico, não há que se reconhecer o concurso de agentes disciplinado no art. 29 do CP. O simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, "convivência, que não é punível, a título de participação, se não constituir pelo menos, alguma forma de contribuição causal, ou então, constituir, por si mesma, uma infração típica. Tampouco será responsabilizado como partícipe quem, tendo ciência da realização de um

delito, não o denuncia às autoridades, salvo se tiver o dever jurídico de fazê-lo"¹⁶. Em conformidade com o analisado, são várias as decisões; veja-se uma delas: "O que se requer para a configuração da co-autoria é a adesão de vontades conscientes, ou, pelo menos, que o co-autor pratique a ação ou se omita voluntariamente, prevendo que de sua conduta derive o resultado. A simples voluntariedade na permissão tem sido considerada razão suficiente para se estimar a co-autoria punível". (TACRIM - SP - AC – Rel. Carmargo Sampaio - RT – 564/356);

- d) **IDENTIDADE DE INFRAÇÃO PENAL:** Para que o resultado da ação de vários participantes possa ser atribuída a todos, "tem que consistir em algo juridicamente unitário"¹⁷. Como afirma Damásio, não é propriamente um requisito, mas conseqüência jurídica diante das outras condições¹⁸. Nesse sentido, encontram-se decisões, destacando-se: "Da equivalência das condições segue-se a equivalência, em princípio, da responsabilidade de todos os que põem uma condição para que o fato ocorra. É com isso se suprime a existência de categorias aprioristicamente distintas entre os partícipes. O agente é punível não porque colaborou na ação de outrem, mas porque, com sua ação ou omissão, contribuiu para que se cometesse o crime". (TJSP – Rev. – Rel. – Gentil Leite – RT 531/328)

¹⁶ MIRABETE, Op. cit., p. 227.

¹⁷ BETTIOL, Op. cit., p. 251.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de, Op. cit., p. 368.

5. Autoria

O conceito de autoria não pode circunscrever-se apenas àquele que pratica pessoal e diretamente a figura delituosa, mas deve compreender também quem se serve de outrem na qualidade de "instrumento" (autoria mediata). É possível, igualmente, que mais de uma pessoa pratique a mesma infração penal, ignorando que colabora na ação de outrem (autoria colateral), ou então que, consciente e voluntariamente, coopere no empreendimento criminoso, quer instigando, induzindo ou auxiliando (participação) na realização de uma conduta punível. Várias teorias buscam definir o conceito de autor, e, dentre elas, destacam-se as chamadas teorias objetiva-formal e objetivo-material, que configuram o conceito restritivo de autor.

Para esta concepção, nem tudo que interpõe uma causa realiza o tipo penal, pois "causação não é igual a realização do delito"¹⁹. As espécies de participação, instigação e cumplicidade, serão, nesta aceção, "causas de extensão da punibilidade", visto que por não integrarem a figura típica constituiriam comportamentos impuníveis. Autor seria, então, aquele que somente realiza ainda que em parte, uma figura típica. É apenas "quem comete por si mesmo a ação típica, já que a só contribuição à causação do resultado, mediante ações não típicas, não pode fundamentar nenhuma autoria"²⁰. Já para uma segunda corrente, defluindo de um aspecto subjetivo, o conceito de autor seria extensivo, uma vez que autor não é só o que realiza a conduta típica, como também aquele que concorre com uma causa para o resultado. Não se faz distinção entre autor e partícipe, já que todos os agentes con-

correm para o resultado ao contribuírem com uma causa para o evento.

No entanto, as duas teorias expostas não se prestaram nem para a definição convincente de autoria, nem sequer para a fixação de uma apropriada linha demarcatória entre autoria e participação. Para tanto, criou-se a teoria do domínio do fato. Partindo a mesma de um conceito restritivo de autor, é, portanto, da consideração de que a autoria deve estar necessariamente conectada com o tipo, tem a pretensão de sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos, impondo-se uma teoria objetiva-subjetiva. Autor, portanto, é "quem tem realmente o poder de realização do fato descrito no respectivo tipo penal"²¹, ou melhor, "quem possui o domínio final da ação"²² e, por isso, "pode decidir sobre a consumação do fato típico. O problema da autoria, por conseguinte, resolve-se com um critério relativo à ação, não do resultado ou dos aspectos puramente objetivos da tipicidade"²³.

O legislador de 84 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas relativas ao conceito de autoria e da distinção entre a autoria e participação. Porém, na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monista em relação ao concurso de pessoas, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato.

19 PUIG, Santiago Mir. Derecho Penal - Parte General. Barcelona: PPU, 1985, p. 311.

20 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. v. II, Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1981, p. 892.

21 RAMÍREZ, Juan Bastos. Manual de Derecho Penal Español. Barcelona: Ariel, 3ª ed., 1989, p. 296.

22 WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, 1987.

23 URZUA, Enrique Cury. Derecho Penal. Parte General. V. II, 1985, p. 233-4.

Mezger define **autor** como: "I. Es autor el que há causado mediante su acción el tipo legal, entanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio; II. En alguns raros casos es sólo autor el que mediante l apropiada acción personal há causado el resultado (los denominados delitos de propia mano)".²⁴

6. Autoria mediata

A doutrina pátria consagrou a figura da autoria mediata e algumas legislações - como a alemã e a espanhola - admitem expressamente a sua existência. Jeschek, com propriedade, assim definiu a figura do autor mediato: "é quem realiza o tipo penal servindo-se, para execução, da ação típica de outra pessoa como instrumento"²⁵. Cuida-se, assim, de figura moldada à luz da teoria do domínio do fato.

Autor mediato, então, é aquele que, para executar a conduta típica, serve-se como instrumento de um terceiro, do qual "abusa", a fim de obter o resultado material delituoso. Destarte, autor mediato é aquele que "de forma consciente e deliberada faz atuar por ele o outro cuja conduta não reúne todos os requisitos para ser punível"²⁶.

Os pressupostos necessários de punibilidade devem ser encontrados na pessoa do "homem de trás", no autor mediato, e não no executor, autor imediato. Reunidas, portanto, as qualidades ou condições exigidas pelo tipo, Soler e Mr. Puig, seguindo os ensinamentos de Welzel, admitem, em princípio, a possibilidade de autoria mediata nos crimes especiais ou próprios. Entretanto, será impossível a figura do autor mediato, quando tratar-se de crimes de mão-própria.

7. Co-autoria

O concurso de pessoas pode realizar-se através da **co-autoria** e da **participação**. Co-autor é quem executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão que configura o delito. É desnecessário acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. Há, na co-autoria, a decisão comum para a realização do resultado e a execução da conduta²⁷.

Fundamenta-se a co-autoria no princípio da "divisão do trabalho", em que todos tomam parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que cada um possa ser chamado verdadeiramente de autor. Tal fato é o que pode ocorrer especialmente naqueles crimes que Belling chamou de crimes de "ação dupla"²⁸. Para Maurach: "Coautoria presupone consciente cooperación de vários. En outros términos: se debe haber actuado sobre la base de una conjunta resolución del hecho, de tal modo que la subsiguiente realización común del hecho se presente como ejecución por división de trabajo, de esta resolución"²⁹.

8. Participação

Fala-se em participação, estrito senso (na acepção de espécie do gênero concurso de pessoas), como sendo aquela atividade acessória de quem colabora para a conduta do autor, com a prática de uma ação que, em si mesma, não é penalmente relevante. Essa conduta somente passa a ser relevante quando o autor, ou co-autor, inicia

27 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del delito. Buenos Aires: Ediar, 1973, p. 647-8. RT 663/320.

28 BELLING, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo. Argentina: Depalma, 1944 (trad. Sebastián Soler), p. 431.

29 MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal (trad. Juan Córdoba Roda), v. II. Ediciones Ariel, 1962, p. 390.

24 MEZGER. Op. cit., p. 278, parágrafo 58.

25 JESCHECK. Op. cit., p. 819.

26 URZUA. Op. cit., p. 247.

ao menos a execução do crime. O partícipe não comete a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas pratica uma atividade e que contribui para a realização do delito. Trata-se de uma hipótese de enquadramento de subordinação ampliada por extensão, prevista na lei, que torna relevante qualquer modo de concurso que transforma em típica uma conduta de per se atípica. Há na participação uma contribuição causal, embora não totalmente indispensável, ao delito e também a vontade de cooperar na conduta do autor ou co-autores.

A participação pode apresentar-se sob várias formas: instigação, determinação, chefia, organização, ajuste, cumplicidade etc. A doutrina, de um modo geral, tem considerado, porém, duas espécies de participação: instigação e cumplicidade. *Instigação* é o ato de incitar, reforçar, acoçoar ou estimular a preexistente resolução delituosa. Em resumo, a instigação é uma espécie de participação moral em que o partícipe age sobre a vontade do autor, quer provocando para que surja nele a vontade de cometer o crime (induzimento), quer estimulando a idéia existente, que é a instigação propriamente dita, mas, de qualquer modo, contribuindo moralmente para a prática do crime. *Cômplice* é aquele que contribui para o crime prestando auxílio ao autor ou partícipe, exteriorizando-se a conduta por um comportamento ativo. Esta cooperação pode ocorrer desde a fase da preparação até a fase executória do crime. Nada impede que a cumplicidade também ocorra sob a forma de omissão, quando o partícipe tem o dever genérico de agir. Finalmente, qualquer que seja a forma de participação, é indispensável a presença de dois requisitos: eficácia causal e consciência de participar na ação de outrem. É insuficiente a exteriorização da vontade de participar. Não basta realizar a atividade de partíci-

pe se esta não influir na atividade final do autor. Não tem relevância a participação se o crime não for, pelo menos, tentado.

9. Concurso em crime culposo

A co-autoria nas infrações culposas é admitida pela doutrina alemã. Já a doutrina espanhola entende de outro modo, tanto admite a co-autoria nos crimes culposos, com também a participação em sentido estrito. A doutrina brasileira de há muito assenta a possibilidade de concurso em crime culposo. Existente um vínculo psicológico entre duas pessoas na prática da conduta, ainda que não em relação ao resultado, concorrem elas para o resultado lesivo se obrarem em culpa em sentido estrito.

O concurso de agentes no crime culposo difere daquele do ilícito doloso, pois se funda apenas na colaboração da causa e não do resultado (que é involuntário). Disso deriva a conclusão de que é autor todo aquele que causa culposamente o resultado, não se podendo falar em participação em crime culposo. Nessas hipóteses há sempre co-autoria porque os concorrentes realizam a conduta típica, concretizam o tipo pela inobservância do dever de cuidado, não praticando simplesmente a conduta que, em si mesma, seria penalmente irrelevante.

Nesse sentido a jurisprudência já se firmou: "A co-autoria é possível nos delitos culposos, mas não se pode prescindir do nexos psicológico, que é a vontade consciente de concorrer para uma conduta culposa. Em tema de culpa, o legislador brasileiro sempre foi impreciso, no que concerne à sua definição. Alertou, porém, que

jamaís haverá presunção de culpa e que, sem o pressuposto da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada, nula poena sine culpa” (TJES – AC – Rel. Correia Lima – EJES 5.379).

10. Concurso em crimes omissivos

Da mesma forma que o crime comissivo admite a participação através de omissão, o crime omissivo também admite a participação através de comissão. Conforme Bastos Ramirez³⁰, o que ocorre é a impossibilidade de participação omissiva em crime omissivo, sob a modalidade de instigação. Não se pode instigar através de omissão, pela absoluta falta de eficácia causal dessa inatividade. Se o agente estiver igualmente obrigado a agir, não será partícipe, mas autor ou, co-autor, desde que haja a consciência de anuir à omissão de outrem. Do afirmado fica claro que é perfeitamente possível a co-autoria em crime omissivo próprio.

11. Autoria colateral

Ocorre a autoria colateral quando os agentes, desconhecendo cada um a conduta do outro, realizam atos convergentes à produção do evento a que todos visam, mas que ocorre em face do comportamento de um só deles. A ausência do vínculo subjetivo entre os intervenientes é o elemento caracterizador, que estabelece os limites da responsabilidade jurídico-penal dos autores³¹. Deduz-se, então, que na autoria colateral é indispensável determinar-se quem produziu o resultado. Não sendo, portanto, possível

30 Cfr. RAMIREZ, Op. cit.

31 STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal - Parte General* (trad. Gladys Romero). Madrid: Edersa, 1982, p. 254.

estabelecer-se quem produziu o quê, ambos os autores responderão pelo resultado produzido na forma tentada.

12. Autoria incerta

Dá-se a autoria incerta quando, na autoria colateral, não se apura a quem atribuir a produção do evento. Ela não se confunde com a autoria desconhecida ou ignorada. Nesta, se desconhece quem praticou a ação; na autoria incerta sabe-se quem a executou, mas, ignora-se quem produziu o resultado. Dúvidas podem surgir, nos casos de co-autoria colateral ou imprópria: inexistente o vínculo psicológico entre os agentes que praticaram atos de execução de um crime, sem que se saiba qual deles causou o resultado (não há co-autoria ou participação), responderão apenas por tentativa e não por um delito consumado.

13. Multidão deliçante

Nessa forma de concurso de pessoas, todos os agentes responderão pelo verbo-núcleo do tipo, mas terão as penas atenuadas aqueles que cometerem o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocarem (art. 65, III do CP). A pena, por sua vez, será agravada para os líderes, os que promoveram ou organizaram a cooperação no crime ou dirigiram a atividade dos demais agentes (art. 62, I do CP).

14. Cooperação dolosamente distinta

Helena Fragoso³² considerou “bem inspirada” a solução dada pelo legislador de 84 à questão da participação de crime

32 FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral*. São Paulo: 1987, p. 271.

menos grave. Tal posição não foi, contudo, compartilhada por Damásio³³ que a reputou "criticável", por dar margem a supostas distorções intoleráveis. Para quem acolhe a teoria do domínio final da ação, o mandante da agressão não se ajusta ao papel de partícipe e, na medida em que conserva, em suas mãos, o comando da ação criminosa (poderia, em tese, sustá-la a qualquer momento), é também autor, tal como executor, de modo que um e outro seriam puníveis como co-autores de lesão corporal seguida de morte. Deve-se, portanto, enfatizar que o texto legal cogita da previsibilidade em relação ao resultado mais grave, e não da hipótese da previsão desse resultado e de sua aceitação como possível. É óbvio que, nesse caso, o partícipe responderia inteiramente pelo resultado mais grave, por ter atuado com dolo eventual. Resta, por fim, o entendimento de Bitencourt³⁴, para quem essa concepção pode e deve ser empregada nos chamados crimes preterdolosos, objetivando dar tratamento mais adequado aos diversos participantes de um mesmo ilícito penal, especialmente quando houver desvio subjetivo de condutas, afastando, assim as dificuldades apontadas por Damásio.

15. Aplicação da pena no concurso de pessoas (medida da culpabilidade)

O legislador de 84, ao cuidar da punibilidade no concurso de pessoas, não rompeu com a teoria unitária pela qual todos os que concorrem para a prática do fato criminoso incidem no preceito secundário a ele cominado. Autor, co-autor e partícipe não são isolada e autonomamente apenáveis. Todos incorrem nas mesmas penas previstas, em abstrato, para o tipo infringido.

33 JESUS, Damásio E. de. Teoria Geral do Novo Sistema Penal, in Curso sobre a Reforma Penal, São Paulo: pgs. 15-82.

34 BITENCOURT. Op. cit., p. 428.

A alteração de relevo, contida no art. 29 da PG/84, é o acréscimo, após a admissão da teoria unitária, da locução "na medida de sua culpabilidade". O que isso quer significar? Antes de mais nada, uma posição de coerência, em relação à idéia. Força da Reforma Penal; a introdução do princípio "nullum crimen sine culpa", em matéria de concurso de pessoas. Depois o reconhecimento de que a sanção punitiva, em concreto, deve ser aplicada, em relação a cada concorrente, de acordo com a reprovabilidade da conduta de cada um. Isto não significa, exceção feita às hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 29 da PG/84, que possam ser superadas nessa aferição, as mensagens penais estabelecidas para a figura típica. No entanto, o texto legal determina ao juiz, de forma incisiva, que avalie não apenas a contribuição que, do ponto de vista físico, cada concorrente prestou para a prática criminosa, mas sobretudo a culpabilidade, maior ou menor, de cada um, independentemente dos demais concorrentes, para evitar as distorções injustas e intoleráveis ensejadas pelo menos pelo sistema unitário puro.

17. Conclusões

Ao fim dessa Monografia, quis-se enfrentar, cara-a-cara, diversos problemas de ordem prática, como os de exaustão do tema, prolixidade e por fim, como esquecer, também problemas de ordem estética. No entanto, aclaradas restaram, *in fine*, as idéias, posto que necessária se apresentou dita exaustão, vez que para se fundar o exame do tema, é imprescindível, antes, realizar uma estruturação lógica responsável, com a efetiva demonstração de causas e conseqüências. Portanto, apesar de importante a sintetização de narrativa, só é possível fazê-la em detrimento do conteúdo. Em decor-

rência de tais aspectos, buscou-se a divisão do instituto em pontos. No intuito de tornar mais fácil a apreensão do conteúdo, procurou-se estabelecer relação com os diversos tópicos divididos, para que não fosse quebrada a cadeia lógica do entendimento e do raciocínio.

1. No **ponto dois**, buscou-se determinar a natureza jurídica do instituto, com a narrativa das teorias existentes, mas estabelecendo-se, sem restar dúvidas, qual a adotada pela doutrina nacional. Fez-se necessário no ponto três o estudo do tema da causalidade física e psíquica das condutas dos agentes, visto que é ela, juntamente com os outros requisitos, quem determina o surgimento do concurso de pessoas no caso concreto. Como em qualquer estudo de um instituto jurídico, imprescindível é a análise de seus requisitos, não se fez de outro modo no presente. Por isso, tentou-se demonstrar quais são os requisitos necessários para que ocorra o concurso de agentes no ponto quatro, bem como analisar um a um, retirando assim os aspectos mais importantes.
2. Já nos **pontos cinco, seis e sete**, procurou-se conceituar cada uma das figuras jurídicas do concurso de pessoas; isto é, definir cada um dos agentes (autor, co-autor e partícipe) com suas peculiaridades. Mais ainda, determinou-se dentre as conceituações existentes, aquela ou aquelas mais aprovadas pelos juristas brasileiros, atualmente. Buscando o que é relevante na posição do legislador de 84, em contraposição com os antigos. Vale lembrar, que dita conceituação foi realizada exaustivamente, uma vez que delimitaram-se as espécies porventura existentes de cada uma das figuras jurídicas.

3. Finda a exposição inicial e necessária, procurou-se estabelecer os pontos mais controvertidos tanto na doutrina nacional, como na estrangeira, observando sempre os aspectos agora adotados em oposição aos antes admitidos. Tais pontos controvertidos foram separados em tópicos distintos, quais sejam: **nove, dez onze, doze, treze, quatorze**. Por fim, chegou-se à aplicação da pena imposta em tal hipótese (de concurso de pessoas), no ponto quinze, no qual se realizou, então, estudo sob a punibilidade do agente.
4. Eis, portanto, feitos os devidos arremates, a Monografia.

18. Bibliografia

1. ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal - parte general*. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1960.
2. BELING, Ernest Von. *Esquema de Derecho Penal*. (La doctrina del delito tipo). Argentina: Depalma, 1944 (tradução de Sebastian Soler)
3. BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, tomo II, (tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco). São Paulo: RT, 1976.
4. BITTENCURT, César. *Manual de Direito Penal*. - parte geral. 4ª ed. rev., ampl. e atual. pelas Leis 9.099/95, 9.268/96 e 9.271/96 do livro Lições de Direito Penal. São Paulo: RT, 1997.
5. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
6. DOTI, René Ariel. *O concurso de pessoas*. Ciência Penal, v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

7. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1980.
8. FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-deliqüência no moderno direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
9. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A Nova Parte Geral. São Paulo: [s. n.], 1987.
10. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1977.
11. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal* – Parte General. (tradução e adições de Direito Espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, vol. 2. Barcelona: Bosh, Casa Editorial S.A., 1981.
12. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 18. ed., 1994.
- _____. *Código Comentado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva.
- _____. *(Teoria Geral do Novo Sistema Penal) Curso sobre a Reforma Penal*. São Paulo:
13. MASSARI. *Il momento esecutivo del reato*. Nápoles: 1934.
14. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. (traducción y notas de Derecho Español por Juan Cordoba Roda), vol. 2. [s. l.]: Ediciones Ariel, 1962.
15. MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal (Alemaña)* (traducción de la 2ª edición y notas de Derecho Español por José Arturu Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Penal Privado, 1933.
16. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. – Parte Geral, vol. 1. [s. l.]: Atlas, 1997.
17. PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. – Parte General. Barcelona: PPU, 1985.
18. RAMIREZ, Juan Bastos. *Manual de Derecho Penal Español*. [s. l.]: [s. n.], 1984.
- _____. *Manual de Derecho Penal Alemán*. Barcelona: Ediciones Ariel, 3. ed., 1989.
19. SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*.
20. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. – Parte General. (tradução de Gladys Romero). Madrid: Edersa, 1982.
21. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán* (tradução de Juan Bastos Ramirez e Sergio Yañez Pérez). Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
22. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Teoria del delito*. Buenos Aires: Editar, 1977.

CONCURSO DE CRIMES

Isabelle Amorim de Moraes,
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, Aluna
da Escola Superior da Magistratura do Estado de
Pernambuco - ESMAPE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do concurso material. 3. Do concurso formal. 4. Dos concursos aparentes de tipos. 5. Do crime continuado. 6. Das multas no concurso de crimes e do Direito Comparado. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Pela lógica, quando o sujeito comete um delito, ser-lhe-á infligida uma pena; se vários os delitos, várias serão as penas pelas quais responderá. Por outro lado, quando existir uma conduta existirá, por contrapartida, um delito, e quando várias forem as condutas, vários serão os delitos. Logo, em se seguindo tal linha de pensamento, inferir-se-á cedo ou tarde que, a uma conduta, equivale um delito e uma pena e a várias condutas, equivalem, por conseguinte, vários delitos e várias penas. "Se uma conduta enquadra em mais de um tipo penal, nem por isto configura mais de um delito, quando há várias condutas que caem dentro do mesmo ou de diferentes tipos penais, há vários delitos"¹.

¹ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral, 1997, p. 716-739.

O CP Imperial previu que, no concurso de crimes em geral ("quando o réu for convencido de mais de um delito"), aplicável seria o chamado sistema da soma aritmética. O primeiro Código Republicano (1890), por sua vez, optou por fixar a soma aritmética nos casos de concurso material ou real, e o princípio da absorção para os de concurso formal. O Código de 40, contrariando a tendência da legislação comparada, na qual ganhou guarida a tese da aplicabilidade do princípio da absorção para o concurso formal e o princípio da exasperação para a modalidade concursal material (a saber: a pena do crime mais grave, aumentada de certa quantidade), houve por bem adotar o denominado princípio da exasperação para o concurso formal e o princípio da soma aritmética para o concurso material. Na hipótese de concurso formal, mediante uma ação dolosa com desígnios autônomos, adotou também o sistema de cumulação das penas. Por último, manteve o sistema do primeiro código republicano, adotando a reiteração de crimes da mesma espécie para atenuar o sistema da soma, no concurso material, estatutando, porém, alguns requisitos objetivos de continuidade. Assim, "a tradição dos três textos está em considerar os concursos entre as disposições que regularam a aplicação das penas. Na doutrina, alguns autores consideraram o concurso como um problema da teoria do crime (Anibal Bruno, entre eles), e outros optaram pelo conceito da aplicação de penas (Heleno Cláudio Fragoso, por exemplo). No entanto, o princípio idealista da pluralidade de crimes, nas duas formas de concurso, e a teoria geral do crime continuado como ficção do legislador, predominou de uma maneira geral"².

2 Zaffaroni e Pierangeli, *op.cit.*, p. 718.

Consoante Bitencourt: "o crime tanto pode ser obra de um como de vários sujeitos, ocorrendo, nesta hipótese, o 'concurso de pessoas', mas pode, também, um único sujeito praticar dois ou mais crimes. Quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de comportamentos, pratica dois ou mais delitos, surge o concurso de crimes - *concursum delictorum*. O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções"³. O CP vigente trata, apenas e tão-somente, do concurso de crimes (ou penas), e não do conflito aparente de normas. Quanto a este, diz-se haver conflito quando da existência de um único fato e de duas ou mais normas penais que pareçam incriminá-lo. A solução do problema vem da doutrina e não do direito penal substantivo, ou melhor, do código penal. A matéria reporta-se, mesmo, à aplicação da lei penal, embora os autores costumem tratá-la junto ao concurso de crimes.

Explica, em tempo, o saudoso Prof. Heleno Cláudio Fragoso: "no direito romano prevalecia a regra do concurso material (*quot delicta tot poenae*), embora fossem imprecisas as regras a serem observadas, principalmente à época do processo extraordinário. O princípio do concurso real também foi a regra no direito germânico e no direito canônico, mantendo-se, em geral, no direito intermediário (...) Nas primeiras codificações adotou-se o princípio do cúmulo material, salvo quando não fosse possível acumular penas de espécies diversas, caso no qual se aplicava a mais grave, aumentada (cúmulo jurídico). O CP vigente adotou o princípio do concurso material e o do concurso formal, que distingue conforme os

3 Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, 1997, p. 539.

diversos crimes sejam praticados com mais de uma ação ou com uma só ação. Pode haver concurso entre crime doloso e crime culposos; entre crime consumado e tentado; entre crime comissivo e omissivo; entre crime e contravenção"⁴. Já para Eusebio Gomez, concurso de crimes é "la pluralidad de hechos delictivos cometidos por una misma persona, sin que ninguno de ellos haya motivado una condena, es lo que, en el tecnicismo del derecho penal se conoce con el nombre de concurso de delitos"⁵.

No tocante à questão da unidade e da pluralidade dos crimes, três são os prováveis cenários a exigir pronta solução legal, segundo José Frederico Marques: "a) pluralidade de normas e unidade de crimes (concurso aparente de normas, crime complexo, crime permanente, crime progressivo, progressão criminosa e crime habitual); b) pluralidade de normas e pluralidade de crimes (concurso formal e concurso real); c) pluralidade de normas e unidade legal de crimes (crime continuado) (...) o concurso aparente de normas tem lugar sempre que uma conduta delituosa pode enquadrar-se em diversas disposições da lei penal. Diz-se, porém, que esse conflito é tão-só aparente, porque se duas ou mais disposições se mostram aplicáveis a um dado caso, só uma dessas normas, na realidade, é que o disciplina"⁶.

Em síntese, é possível dizer que, em uma mesma oportunidade ou em ocasiões diferentes, a mesma pessoa pode cometer dois ou mais delitos que, de alguma forma, estejam unidos por circunstâncias variadas. Eis o concurso de crimes ou concursus delictorum, que origina,

de sua parte, o concurso de penas. Não se confunde tal hipótese com a da reincidência, esta a circunstância agravante havida quando o agente, após condenado irrecorriavelmente por um crime, vem a delinquir novamente. São estes os sistemas teóricos para a aplicação da pena nas diversas modalidades de concurso de crimes: 1º) do cúmulo material (somam-se as penas de cada crime componente do concurso); 2º) do cúmulo jurídico (a pena a ser aplicada deve ser mais grave em relação à cominada para cada um dos crimes sem se chegar à soma delas); 3º) da absorção (deve ser aplicada a pena do mais grave delito, desprezando-se os demais); e 4º) da exasperação (deve ser aplicada a pena do delito mais grave, entre os concorrentes, aumentada a pena de certa quantidade em decorrência dos demais crimes).

Ainda sobre a unidade e a pluralidade de crimes, duas palavras finais de Hans Welzel: "qué significa 'una' acción y cuándo se han cometido varias acciones? Como toda acción, el delito tampoco es un mismo acontecimiento físico, sino la objetivación del espíritu humano, una unidad social de sentido. No tiene importancia el número de los movimientos corporales tempoespaciales. Un único movimiento corporal (un golpe o empujón) puede ser perfectamente 'una acción' (p.ej., una lesión corporal o daño), pero la mayor parte de las acciones se construyen sobre un conjunto de movimientos corporales (p.ej., violación, robo con fractura, falsificación de documento). Los movimientos corporales tempoespaciales son en ellas sólo el soporte físico del sentido social de la acción (...) El problema de la unidad de acción no depende nunca del número de los resultados, ya que el objeto específico del desvalor penal es la acción. Si una y la misma actuación de voluntad tiene varios resultados (el lanza-

4 Héleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal - Parte Geral, p.364.

5 Eusebio Gomez, Tratado del Derecho Penal, 1939, p. 507.

6 José Frederico Marques, *apud* Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 1993, p. 428.

miento de una bomba mata a 20 personas), existe de todos modos sólo una acción. Las diversas realizaciones típicas mediante un acto están en 'concurso ideal'".⁷

Quando, enfim, há uma e quando há várias condutas? É óbvio que, no mundo biológico, têm-se coisas que não podem ser mais do que uma conduta: uma só inervação muscular, por exemplo. Mas este critério (fisiológico) decai em utilidade na medida em que não permite divisar quando é que há uma conduta e quando é que há várias condutas, pois seria infantilidade acreditar que cada movimento é uma conduta. No ordenamento, crimes como o estelionato requerem múltiplos movimentos. E embora a unidade fisiológica (um só movimento) não possa ser mais que uma conduta, vários movimentos também podem ser uma conduta. E por que isso? Ora, porque uma conduta pode ser considerada a um período mais ou menos longo da vida de alguém, a um único e mesmo momento, a uns poucos movimentos ou a uma grande gama deles. Assim, por exemplo, se se diz que a ação deste ou daquele Governo foi exemplar. Mas também se pode, com um verbo, assinalar uma conduta formada por poucos movimentos, conforme o sentido: o apoderar-se, o ter conjunção carnal não demandam muitos movimentos. "Conseqüentemente, quando há um só movimento, há uma conduta: aquele que joga uma bomba, ainda que lesione ou mate várias pessoas, realiza uma só conduta: quem desfere um soco realiza uma única conduta, embora cause lesões em duas pessoas"⁸.

O problema surge quando, no mais dos casos, há vários movimentos exteriores voluntários. Para que tais

7 Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman*, 1970, p. 308.

8 Zaffaroni e Pierangeli, *op.cit.*, p. 723.

movimentos correspondam a uma única conduta, tem de existir um plano comum, isto é, uma unidade de resolução. Este (o plano comum) constitui, por assim dizer, o fator final indispensável para ter-se como "conduta" uma pluralidade de movimentos voluntários, mas não basta. Para considerar-se que vários movimentos são uma conduta, é mister haja um fator final que dê sentido a eles (o plano unitário), mas também é preciso haja um fator normativo que a converta em uma unidade de desvalor. Os movimentos que seguem um plano comum (*fator final*) necessitam estar compreendidos por um sentido unitário, para os efeitos da proibição (*fator normativo*), o que só pode ser dado pelo tipo penal.

Historicamente, desde a Idade Média, tende-se a considerar a possibilidade de uso do concurso de crimes como meio de evitar o rigor excessivo do sistema de cumulação aritmética das penas. Daí nasceu o uso do conceito de crime continuado, como uma ficção para os efeitos de atenuação das penas no concurso material. Embora existisse, por outro lado, tendência em diferir o concurso formal do material, se a partir do ponto de vista idealista, tem-se o concurso formal como uma pluralidade de delitos, o sistema da absorção será sempre uma regra de aplicação da pena, que atenua o rigor da cumulação aritmética.

"Permanece válida, todavia, a pergunta de Mezger: o cavalo branco e de carreira, são dois cavalos, ou, é um só cavalo com duas qualidades? A aceitação da duplicidade de cavalos só se pode achar dentro da filosofia, na escola cínica, especialmente, com Antítenes, no século IV aC., filósofo que afirmava a identidade absoluta e a contradição de qualquer juízo pela duplicidade do objeto. Mas, na realidade, continuamos com um cavalo que é branco e que corre, tal como acontece no concurso for-

mal, que é uma conduta ou ação, que é crime de estelionato e de falsidade, mas sempre é um, porque de uma ação única não podemos concluir por dois crimes, por muitas que sejam as infrações normativas, porque tais infrações são valores negativos, qualidades como as de branco e de carreira do cavalo de Mezger e da escola clínica, do século IV aC⁹. O código atual manteve, com poucas inovações, o sistema anterior. A novidade mais importante, talvez, foi fixar o limite de trinta anos para qualquer dos casos (art. 75), pois, segundo o código de 40, as regras do concurso poderiam neutralizar a garantia constitucional de vedação da pena perpétua.

São por si sós evidentes as razões da presente Monografia, como no seu decorrer se verá, a começar pela atualidade do assunto, diante da teoria geral do Direito Penal, notadamente quanto às penas e sua dosimetria. Ora, a questão do número de etapas que devem ser vencidas no processo de individualização da pena constitui terreno minado ao julgador, que tem de reunir uma atenção sobre-humana a fim de não resvalar em abusos, tentações e arbitrariedades na hora de quantificar a punição no caso concreto. O réu, afinal, tem o direito de saber que valor atribui o juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes, como expressão de seu direito de saber por que recebe esta determinada pena, e não uma outra pena qualquer.

Fixada a "pena-base", deve o juiz considerar as atenuantes e as agravantes legais, cômico de que nenhum aumento ou nenhuma redução de pena pode superar o máximo ou ficar aquém do mínimo legal. Já as causas de aumento ou diminuição, examinadas a seguir pelo julgador, são aquelas que autorizam um aumento ou uma diminuição da pena em quantidade fixa ou dentro de limites

9. Zaffaroni e Pierangeli, op.cit., p. 720.

variáveis. Não se confundem com as circunstâncias agravantes ou atenuantes, pois enquanto estas atuam dentro dos limites cominados pelo tipo, as causas de aumento ou diminuição podem acarretar a superação do limite máximo de pena ou a fixação desta aquém do limite mínimo. Citem-se como exemplos, na Parte Geral de 84, o concurso material, o concurso formal, a tentativa e o arrependimento posterior. Certo é que a fixação da pena não pode, em hipótese alguma, ficar à mercê dos humores, preconceitos, ideologias e "segundos códigos" do magistrado.

Dividida em oito (08) tópicos - "introdução", "concurso material", "concurso formal", "crime continuado", "multa no concurso de crimes", "direito comparado", "conclusão" e "bibliografia" -, cuida esta Monografia de uma ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o concurso de crimes, em suas três modalidades. Daí a opção pelo *método empírico de trabalho*. Por final, frise-se que, a bem de um melhor aproveitamento escolar, acha-se a Monografia cuidadosamente elaborada dentro do raio de assuntos existente sobre o tema proposto, sem, contudo, descer a um tal detalhismo que pudesse desfigurar a proposta inicial do Prof. Dr. Cláudio Brandão. Tanto quanto à Criminologia importam a ressocialização do criminoso e a prevenção da delinquência, sendo ambos os seus objetos, ao Direito Penal Positivo insta e desafia não apenas saber prever a sanção a um determinado caso concreto, porém, acima de tudo, dosar parcimoniosamente esta mesma sanção, o que se comprova tarefa ainda mais hercúlea diante da ocorrência de uma eventual modalidade de concurso de delitos.

Eis o espírito do trabalho.

2. Do concurso material

O *concurso material* ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão (*ex diversis factis*), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (CP, art. 69, *caput*). Diverge, obviamente, do concurso formal, que provém de uma só e mesma ação (*ex uno eodemque facto*). Nada altera a figura do concurso o fato de os crimes serem objeto de um ou de mais de um processo e, assim, de uma ou de mais de uma sentença. No concurso material outra coisa não há senão uma pluralidade de condutas coligada a uma pluralidade de crimes. São duas as modalidades de concurso material: (1) **homogêneo** (crimes idênticos) e (2) **heterogêneo** (crimes diversos). Os crimes são homogêneos quando previstos na mesma figura típica, como um homicídio praticado por "A" contra "B", este testemunha ocular do fato (JESUS, Damásio de, p.522); e heterogêneos quando previstos em diferentes tipos penais, como um furto + um estupro. Em ambos os casos, destacam-se duas ou mais violações da norma incriminadora. Paulo José da Costa Jr. conclui: "*pode-se dizer que o Código vigente, seguindo a orientação do texto anterior, adotou o cúmulo material temperado*"¹⁰. O legislador reiterou, *lato sensu*, o art. 51, *caput*, da PG/40, explicitando, porém, e ao contrário da regra anterior, que o acúmulo de penas deve ocorrer em relação à pena privativa de liberdade. Tal restrição, contudo, é mais aparente do que real, já que o § 2º do art. 69 evidencia a possibilidade de aplicação cumulativa de penas restritivas de direitos, tanto que a execução dessas penas deve ser simultânea, se forem compatíveis entre si, ou sucessiva, caso contrário. Não admira, portanto, que, segundo o

¹⁰ Paulo José da Costa Júnior, Comentários ao Código Penal - Parte Geral, 1986, p.358.

mestre Eusebio Gomez, "*hay concurso material de delitos cuando una misma persona comete varios hechos independientes entre si, no mediando condena anterior*"¹¹.

Pela lei, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela (art. 69, *caput*, segunda parte). Concorrendo uma contravenção, a pena de prisão simples imposta será cumprida por último, determinando-se genericamente que, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave (art. 76). Havendo concurso material, a substituição da pena deve obedecer ao disposto no art. 69, §§ 1º e 2º. Em síntese: "*O que distingue o concurso material ou real é a pluralidade de resultados puníveis e decorrentes de duas ou mais ações ou omissões típicas, e cada qual configurando resultado autônomo, mas todas vinculadas pela identidade do sujeito, sendo independente para cada crime o momento executivo*" (TACRIM-SP - AC - Rel. Munhoz Soares - JUTACRIM 89/386).

No concurso material, v.g., se o agente comete um furto e um estupro, as penas privativas de liberdade em cada caso deverão ser somadas. A duração das penas, porém, segue o disposto no art. 75, não podendo exceder de 30 anos. Caso sejam penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela (art. 69, *caput*, 2ª parte). Reconhecido o concurso material e aplicada a pena privativa de liberdade em relação a um dos crimes, porém, negado o *sursis* aos demais, não cabe impor pena restritiva de direitos (v. art. 44, CP), em substituição à detentiva (v. art. 69, § 1º). Impostas penas restritivas de direitos, as compatíveis entre si devem ser cumpridas ao mesmo tempo; caso contrário, sucessivamente (art. 69, § 2º). Isto posto, o condenado pode cumprir ao mesmo tempo uma

¹¹ Eusebio Gomez, *op.cit.*, p.509.

pena de prestação de serviços comunitários e uma limitação de final de semana; não de ser cumpridas, entretanto, sucessivamente, duas penas de limitação de final de semana. Exemplos: "o agente depois de matar o seu inimigo, atea fogo ao cadáver, destruindo-o: homicídio doloso e destruição de cadáver (art. 211 do CP); o agente depois de raptar uma mulher, vem a estuprá-la, etc"¹². Segundo a jurisprudência dominante, o que diferencia o concurso material ou real outra coisa não é do que a pluralidade de resultados puníveis e decorrentes de duas ou mais ações ou omissões típicas, e cada qual configurando resultado autônomo, mas todas vinculadas pela identidade do sujeito, sendo independente para cada crime o momento executivo (JUTACRIM 89/386). Assim, se o réu pratica, mediante várias ações, crimes diversos em locais diversos, executando-os de maneira diversa e com largo intervalo de tempo, dá-se, no entender jurisprudencial, o cognominado concurso material de delitos (RT 392/364).

3. Do concurso formal

Dá-se o *concurso formal* (ou *ideal*) quando o agente, praticando uma só e mesma conduta (em sentido amplo), positiva ou negativa, comete dois ou mais crimes. Reconhecido o concurso formal, aplica-se ao agente a mais grave das penas cabíveis, se houver diversidade do *quantum* punitivo, ou uma delas, acrescida sempre de um 1/6 até 1/2, se iguais as quantidades cominadas de pena. Entende Bitencourt que, para haver concurso formal, "é necessário que exista uma só conduta, embora possa desdobrar-se em vários atos, que são os segmentos em que

esta se divide"¹³. A norma reitera, em linhas gerais, a disciplina do crime formal acolhida pelo art. 51, § 1º, da antiga PG/40. Dela diverge, porém, ao atribuir a tal concurso um maior raio de abrangência, consagrando-o em relação a crimes a que se impute qualquer espécie de pena e não exclusivamente a pena privativa de liberdade. Leia-se, para melhor consolidar a matéria, Eusebio Gomez: "*hay concurso ideal cuando el agente, con un solo hecho, infringe más de una norma penal. Se entiende por 'hechos' la acción u omisión prevista como delito, comprendido el efecto que integra a éste. El que, por ejemplo, para obtener de un establecimiento bancario la entrega de una suma de dinero, falsifica un cheque, viola dos disposiciones legales: la que reprime la falsificación y la que reprime la estafa consistente en el uso del documento falsificado como medio para obtener el lucro ilícito. Esta es la finalidad única perseguida por el agente; y la comisión, por su parte, de las dos infracciones, aunque implica una realidad material, se traduce en un solo hecho, que es el que constituye el objeto de la actividad criminosa. La dos infracciones aparecen en un concurso, que no es sino aparente*"¹⁴.

Há concurso formal, v.g., quando "o motorista independentemente lança seu veículo contra uma fila de espera de passageiros de ônibus, matando três pessoas e ferindo duas, praticando, assim, três homicídios culposos e duas lesões corporais culposas; no disparo efetuado contra alguém, a bala após atravessar-lhe o corpo causando-lhe a morte, atinge outra ferindo-a: um homicídio doloso e uma lesão corporal dolosa imputável ao autor do disparo etc". Para o concurso formal, exige-se,

¹³ Cezar Roberto Bitencourt, *op.cit.*, p.541.

¹⁴ Eusebio Gomez, *op.cit.*, p.508.

outrossim, haja uma só conduta (ação ou omissão), embora possa ela desdobrar-se em várias outras. A respeito, leia-se Mirabete: "*Para fixar o conceito de unidade de ação, em sentido jurídico, apontam-se dois fatores: o fator final, que é a vontade regendo uma pluralidade de atos físicos isolados (no furto, p.ex., a vontade de subtrair coisa alheia móvel informa os distintos atos de procurar nos bolsos de um casaco); o fator normativo, que é a estrutura do tipo penal em cada caso particular (no homicídio praticado com uma bomba em que morrem duas ou mais pessoas, há uma só ação com relevância típica distinta: vários homicídios). Quando com uma única ação se infringe várias vezes a mesma disposição ou várias disposições legais, ocorre o concurso formal. Havendo duas ou mais ações distintas, ainda que em seqüência, inexistirá o concurso formal, podendo-se falar, conforme a hipótese, em progressão criminosa (com antefato ou pós fato não punível), concurso material, crime continuado etc.*"¹⁵

O concurso formal pode ser *próprio ou perfeito* (a unidade de comportamento corresponder à unidade interna da vontade do agente, ou seja, que o agente deve querer realizar apenas um crime e obter um só resultado danoso. Não deve existir, utilizando o vernáculo do próprio código, desígnios autônomos); *impróprio ou imperfeito* (quando o agente desejar a realização de mais de um delito, tendo consciência e vontade em relação a cada um deles, configurando-se, portanto, os chamados desígnios autônomos, caracterizados pela unidade de ação e pluralidade de determinação de vontade, com várias individualizações. Os vários eventos, aqui, não são apenas um perante a consciência e a vontade, embora objetos de uma

¹⁵ Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, 1996, p.309.

única ação); *simples* (1ª parte do art. 70 do CP - tendo como principal efeito uma pena segundo o sistema da exasperação, ou seja, aumentada de um sexto até a metade); e *qualificado ou agravado* (as penas aplicam-se cumulativamente se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos).

O CP/40 enveredou, a respeito, no entender da doutrina autorizada, por uma fórmula difícil e confusa, na medida em que, se os desígnios são autônomos, não há unidade de ação, logo, não há concurso formal. O único caso de concurso formal fruto de desígnios autônomos, reconhecido como tal pela doutrina mundial, é o conhecido *concurso formal por enganche*, onde duas ações independentes e típicas (desígnios autônomos), ficam enganchadas através de uma terceira que preenche uma "tipicidade de gancho" com as duas. É o caso do agente que furta documento falso e, usando essa documentação falsa, pratica um estelionato. A unidade de conduta acontece entre o furto e o uso da documentação, porque o uso da coisa furtada é uma maneira normal de exaurimento do crime de furto, e o concurso formal entre o uso do documento e o estelionato mostra-se claro, porquanto a documentação integra o "tipo de gancho" do artigo 304. A 2ª parte do art. 70 impede, aí, a apenação conforme a regra do concurso formal simples e deveriam ser aplicadas as regras da cumulação, de acordo com o concurso formal qualificado.

E qual o posicionamento da jurisprudência dominante a respeito da matéria? É o de que verifica-se concurso formal sempre que o agente, impulsionado por um só e mesmo desígnio, desenvolva ação que se desdobre em diferentes delitos. Logo, "*não pode receber a mesma pena quem rouba uma única pessoa e aquele que assalta duas*

ou mais, em face do resultado plúrimo da ofensa" (TACRIM-SP - EI - Rel. Gonzaga Franceschini - JUTACRIM 91/401); e, a título de exemplo, "em acidente de trânsito com várias vítimas, não há falar em concurso material, mas em concurso formal de infrações" (TACRIM-SP - AC - Rel. Cunha Camargo - JUTACRIM 19/146).

4. Dos concursos aparentes de tipos

Podem vários tipos penais concorrer, entretanto, observando-se detidamente tais casos, vê-se que tal fenômeno é puramente aparente, pois, na interpretação adequada dos tipos tal concorrência termina ruindo, dado que um dos tipos exclui o outro ou os outros. Eis o **concurso aparente de leis ou unidade de lei**, o que denota que não há concorrência de leis, e, também, embora com menos frequência, colisão de normas penais.

Três princípios são assacados para diluir a aplicação de tipos penais nos casos de concorrência aparente: (1) *o da especialidade* (= um tipo possui, além dos caracteres de outro, alguns mais - ex: tipos qualificados em relação aos tipos básicos (homicídio *criminis causa* e homicídio simples); (2) *o da consunção* (= um tipo descarta outro porque consome ou exaure o seu conteúdo proibitivo, isto é, porque há um *fechamento material*. Ex: na apropriação indébita, quando a coisa é obtida mediante artil - af, a tipicidade do estelionato descarta a da apropriação indébita; a do fato co-apenado, ou, fato típico acompanhante, que sobrevém quando um resultado eventual já está compreendido pelo desvalor que da conduta faz outro tipo legal, como é o caso das lesões leves, resultantes da violência exercida em ações cuja tipicidade requer a violên-

cia - roubo, estupro etc); e a hipótese havida quando uma tipicidade é seguida por um eventual resultado que é inócuo diante da magnitude do injusto principal: é o que acontece com o dano que sofrem as roupas das vítimas num homicídio ou que sofre o vinho que foi envenenado); e (3) *o da subsidiariedade* (= quando há uma progressão na conduta típica, onde a punibilidade da etapa mais avançada mantém interferida a tipicidade das etapas anteriores. É o fenômeno da *interferência por progressão*, que acontece quando a tentativa sofre interferência da consumação punível ou o ato preparatório eventualmente típico é interferido pelo ato da tentativa, ou o delito consumado no curso da tentativa é interferido por esta (Ex: as lesões e a tentativa de homicídio).

5. Do crime continuado

O *crime continuado* nasceu com os práticos da Idade Média, que buscavam, então, obstar a aplicação da pena de morte àquele que cometesse o terceiro furto. Carrara, inclusive, chegou a imputar a origem do instituto "à benignidade dos Práticos, os quais, com seus estudos, tentaram evitar a pena de morte cominada ao terceiro furto". Foi, porém, o Código Toscano que, com mais precisão, delineou os contornos da figura, tornando-a modelo de legislações que o seguiram¹⁶. Foi assunto desconhecido nos ordenamentos romano, germânico e canônico, destacando-se como sendo o responsável pelo lançamento de suas bases, Bártolo de Sassoferrato (1314-1357). Segundo Welzel, "el delicto continuado se presenta en dos formas diferentes: sea como una unidad de acción -

¹⁶ E. Magalhães Noronha, Direito Penal - Volume 01, 1993, p. 264.

que reside en la realización sucesiva de un dolo general - o como una unidad de conducción punible de vida (como 'culpabilidad de conducción de vida') que descansa en el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o de la misma situación permanente (...) Por ejemplo: la esposa, cuyo marido está ausente en razón de acontecimiento bélico, cae repetidamente en la tentación de tener relaciones sexuales con el hermano de su marido que vive en la misma casa"¹⁷.

O CP/40 substituiu o critério subjetivo, adotado pela legislação anterior, pelo objetivo. Assim porque "a noção do crime continuado tem sido uma verdadeira crux para os criminalistas. Duas são as teorias que disputam a solução do problema: a objetivo-subjetiva e a puramente objetiva. Segundo a primeira, o crime continuado exige, para sua identificação, além de determinados elementos de natureza objetiva, outro de índole subjetiva, que é expresso de modos diferentes: unidade de dolo, unidade de resolução, unidade de desígnio. A teoria objetiva, entretanto, dispensa unidade de ideação (que, como observa Mezger, não passa de uma ficção) e deduz o conceito de ação continuada dos elementos constitutivos exteriores da homogeneidade. É a teoria que hoje prevalece e foi adotada pelo projeto" (Exposição de Motivos do CP/40, n.º 27).

Quanto à natureza jurídica do crime continuado, há a teoria da **unidade real** (os vários componentes lesivos do agente constituem um crime único, posto que eles de uma mesma corrente e a traduzirem uma unidade de intenção, que se reflete na unidade de lesão); b) a da **ficção jurídica ou da unidade fictícia limitada** (teoria de início defendida por Carrara, admite que a unidade delitiva é

¹⁷ Hans Weizel, op.cit., p.310.

uma criação da lei, posto que na realidade há vários crimes. E se efetivamente fosse um crime único, a pena deveria ser a mesma prevista para um só dos crimes concorrentes); e c) a da **unidade jurídica ou mista** (o crime continuado não é uma unidade real, e nem mera ficção legal. A continuidade delitiva constitui figura própria e destina-se a certos fins, sendo uma realidade jurídica e não uma ficção. Não se cogita de unidade ou pluralidade de crimes, mas de um terceiro crime, que é o *crime de concurso*, cuja unidade delituosa advém de lei).

A fim de explicar o que marca o crime continuado, há as seguintes teorias: a) **subjetiva** (não têm importância os aspectos subjetivos das diversas ações, destacando-se como caracterizador do crime continuado só o elemento subjetivo, ou seja, a unidade de propósito ou desígnio); b) **objetivo-subjetiva** (além dos requisitos objetivos, exige unidade de desígnios, isto é, uma programação inicial, com realização sucessiva, como, por exemplo, o operário de uma fábrica que, desejando subtrair uma geladeira, o faz peça por peça, uma de cada vez); e c) **objetiva** (sustentada por Hungria, segundo ela apuram-se os elementos integrantes da continuidade de forma objetiva, a despeito do elemento subjetivo, isto é, da programação do agente. Despreza-se a unidade de desígnio ou unidade de resolução criminosa, como elemento caracterizador do crime continuado. São as condições objetivas em conjunto que representam o critério aferidor da continuação criminosa).

Segundo Bitencourt, são elementos do crime continuado: (a) **pluralidade de condutas** (= o mesmo sujeito pratica duas ou mais condutas, pois, havendo uma só e mesma ação, ainda que desdobrada em vários atos, ter-se-ia concurso formal); (b) **pluralidade de crimes da mesma espécie** (para alguns, crimes da mesma espécie

são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, ao passo que outros entendem que são da mesma espécie os crimes que lesam o mesmo bem jurídico, embora previstos em dispositivos diversos. Pela maioria, crimes da mesma espécie são os assemelhados nos seus tipos fundamentais, por seus elementos objetivos e subjetivos, violadores também do mesmo interesse jurídico, ou, na expressão de Welzel, "a mesma infração jurídica pode derivar de lesão de vários tipos aparentados entre si, que ficam compreendidos no conceito comum superior de delito"; e (c) **nexo da continuidade delitiva** (apurado pelas circunstâncias de tempo - aspecto cronológico, isto é, deve haver uma conexão temporal entre as condutas praticadas, lugar - conexão espacial, maneira de execução - é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime que, na verdade, é tão-somente mais um dos requisitos objetivos da continuação criminosa e outras semelhantes - mesma oportunidade e mesma situação propícias à prática do crime)¹⁸.

Diferem *crime continuado* e *crime habitual*. Neste, há só uma conduta, composta de vários atos, inócuos penalmente, mas que, reunidos, compõem um delito. Também diferem *crime continuado* do *crime permanente*, pois neste há só um delito com resultado que se prolonga no tempo; além de não se poder reconhecer, de igual maneira, o crime continuado na habitualidade criminosa. Isto porque, "o delinqüente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas (*perseverantia in crimine* ou *perseverantia sceleris*). A continuidade, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente e que reclama,

18 Cezar Roberto Bitencourt, *op.cit.*, p. 545-546.

não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa"¹⁹. A lei nova permite, porém, a aplicação da pena at o triplo quando tratar-se de crimes dolosos contra vítimas diversas, perpetrados com violência ou grave ameaça. Aplicar-se-á tal aumento, primeiro, quando as condições circunstanciais o indicarem (culpabilidade, antecedentes, conduta social etc); depois, não se poderá aplicar aumento que supere a pena aplicável em caso de concurso material (art. 70, § único, c/c art. 69). Por fim, o total da pena aplicada não pode exceder a 30 anos, já que a unificação nessa hipótese é obrigatória (art. 75). Também não se pode arbitrar um aumento superior a 2/3 nos crimes que, apesar de cometidos com violência ou grave ameaça, tiveram como vítima sempre a mesma pessoa. Em resumo, "dá-se crime continuado se, embora cada um dos fatos possa ser havido como crime distinto, acabado, perfeito, se mostram, porém, unidos por um vínculo de dependência que os transforma em realizações parciais de um só crime em desenvolvimento continuado" (TJPR - Rev. - Marino B. Braga - RT 395/326).

6. Das multas no concurso de crimes e do direito comparado

Manda o art. 72 (CP) que as penas de multa, no concurso de crimes, sejam aplicadas distinta e integralmente. Assim, no concurso material, as penas pecuniárias, previstas nos crimes debitados ao agente, serão calculadas obedecidas as operações exigidas pelo sistema da multa, em relação a cada tipo, e o resultado final será o da soma das multas isoladamente definidas. No concurso formal, somar-se-ão, de forma cumulativa, as penas de

19 Julio Fabbrini Mirabete, *op.cit.*, p. 313.

multa. Já quanto ao crime continuado, se se entender que se trata de um concurso de crimes, a solução será igual à do concurso formal. Se se entender tratar-se de uma hipótese não de concurso de crimes, mas sim de crime único (unidade legal de infrações), o art. 72 perderia sua aplicabilidade, e aí a exacerbação punitiva recairia necessariamente na determinação do número de dias-multa, dentro do sistema de multa ora acolhido pelo CP. Assim, se o sujeito comete vários furtos seguidos, as penas de multa devem somar-se, decaindo de aplicação o art. 71, *caput*. Em síntese: no concurso material, presentes os seus elementos exigenciais, aplicam-se cumulativamente as multas cominadas a cada crime; no concurso formal, aplicam-se multas distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes; no crime continuado, há divergência: há julgados que apontam pela aplicação cumulativa e outros, pela aplicação continuada.

No direito comparado, informa Jescheck, tem-se previsto, a princípio, em sede de concurso de delitos, *"la pena unitária para ambas especies de concurso, como en Austria, en Suiza y en Francia. El derecho italiano trata, en lo esencial, el concurso real como arreglo al principio de acumulación con límites máximos, y el concurso ideal según el principio de absorción con agravación de la pena, aplicandolo también al delito continuado conducido únicamente por ele 'medesimo designo criminale. España parte del principio de acumulación en el concurso real, pero lo combina con el principio de absorción y con el de asperación, así como con ciertos límites máximos. Para el concurso ideal rige el principio de absorción con agravación de la pena. En el derecho holandés rige lo mismo para el concurso ideal solamente se impone una pena, sometida a determinados límites máximos.*

*En el derecho inglés se aplica, en caso de concurso real, en principio de acumulación, que, sin embargo, sufre una atenuación mediante la permisión facultativa de la ejecución simultánea de varias penas privativas de libertad. Para una parte de los casos de concurso ideal (merger of offenses) rige el principio de absorción, y en los demás también el de acumulación. Los mismos principios se encuentran mayoritariamente en el derecho penal americano"*²⁰

7. Conclusões

1. O concurso de crimes dá-se quando o mesmo sujeito ou agente comete diversas violações de uma mesma norma penal ou de várias normas penais, para crimes idênticos ou não.
2. Quando o mesmo agente, mediante várias ações ou omissões, atenta contra uma idêntica disposição legal repressiva ou contra diversos textos penais, tem-se o concurso material.
3. Quando o mesmo agente, mediante uma só e mesma ação ou omissão, viola leis penais ou então pratica mais de uma violação da mesma disposição penal, traduz-se o cognominado concurso formal, que pode ser classificado como heterogêneo, na primeira hipótese, e homogêneo, na segunda.
4. Quando, porém, o mesmo agente, mediante mais de uma ação ou omissão vem a praticar dois ou mais delitos da mesma espécie e que, tendo-se em vista as circunstâncias ou condições de tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes, devem os crimes

²⁰ Hans-Heinrich Jescheck, Tratado del Derecho Penal, 1981, p. 1.019

subseqüentes ser considerados como continuação do primeiro delito, tem-se o chamado crime continuado, como terceira modalidade do concurso de crimes.

5. Certo, pois, Maurach, quando afirmou: *"La cuestión de cuando se da una unidad de acción y cuándo varias unidades de acción, es muy discutida. La solución depende de cuál de los tres puntos de partida imaginables sea acogido. Ante todo, cabe partir del número de resultados producidos por el autor; existirán varias unidades de acción cuando el autor, por medio de una perdigonada, lesiona varias personas. En segundo lugar, cabe recurrir al número de tipos; se darían varias unidades de acción se el autor, para conseguir un ilícito beneficio patrimonial, presenta un documento falsificado (concurrentia en una acción, de estafa y delito de falsedades). Por último, cabe partir únicamente del número de acciones, sin atender a tipo ni resultado"*²¹; e Von Liszt, segundo quem: *"Desde el punto de vista de la vida, delicto es acto; desde el ángulo visual de la ley, delicto es infracción. La ley civil - norma social habitual - es ubicua, y toda forma de actividad humana tiene ante ella un valor. La ley penal - norma social ocasional - acota de la actividad humana una parte; en cambio, la sobrevalora. Así, lo que en la vida es uno, se prolifera en el plano de la ley. Un delito legal es, una vez, la flor del mal que brota de un tallo de actividad, junto a muchos otros tallos de la misma planta que no florecieron (pluralidad de acciones con unidad de lesión jurídica). Otra vez un solo tallo acti-*

*vo dió muchas malas flores (unidad de acción con pluralidad de lesión jurídica)"*²².

6. Com relação à colocação doutrinária da matéria do "concurso de crimes", embora não pacificado que se insira na teoria da pena, posição esta acolhida pelo CP/40, tendo, por exemplo, o direito italiano optado por situá-la nos domínios da teoria do delito, conclui-se pelo acerto do diploma repressivo brasileiro.
7. Não se deve confundir, à luz de todo o exposto, o "concurso de crimes" com a "conexão de delitos", i.e., quando entre os delitos houver ligação causal para o fim de facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunibilidade ou vantagem de outro crime, circunstâncias meramente agravantes ou qualificadoras, na hipótese do artigo 121, parágrafo segundo, inciso IV, do CP.
8. Pode, pois, quando se fala em concurso formal, *"a ação desdobrar-se em vários atos, sem com isso perder a sua unidade essencial. O agente mata um homem com dois ou três tiros ou com doses sucessivas de veneno. Há uma série de atos, de movimentos corpóreos consecutivos, que, reunidos, vão integrar a mesma manifestação de vontade, constituindo uma ação só. Esta pode realizar-se em um fazer ou não fazer, ação em sentido amplo, ação ou omissão"* (Aníbal Bruno).²³

²¹ Franz Von Liszt, Tratado del Derecho Penal, 1929, p. 165.

²² Aníbal Bruno, Comentários ao Código Penal - Parte Geral, 1985, p. 188.

subseqüentes ser considerados como continuação do primeiro delito, tem-se o chamado crime continuado, como terceira modalidade do concurso de crimes.

5. Certo, pois, Maurach, quando afirmou: "*La cuestión de cuando se da una unidad de acción y cuándo varias unidades de acción, es muy discutida. La solución depende de cuál de los tres puntos de partida imaginables sea acogido. Ante todo, cabe partir del número de resultados producidos por el autor; existirán varias unidades de acción cuando el autor, por medio de una perdigonada, lesiona varias personas. En segundo lugar, cabe recurrir al número de tipos: se darían varias unidades de acción se el autor, para conseguir un ilícito beneficio patrimonial, presenta un documento falsificado (concurrência en una acción, de estafa y delito de falsedades). Por último, cabe partir únicamente del número de acciones, sin atender a tipo ni resultado*"²¹; e Von Liszt, segundo quem: "*Desde el punto de vista de la vida, delicto es acto; desde el ángulo visual de la ley, delicto es infracción. La ley civil - norma social habitual - es ubicua, y toda forma de actividad humana tiene ante ella un valor. La ley penal - norma social ocasional - acota de la actividad humana una parte; en cambio, la sobrevalora. Así, lo que en la vida es uno, se prolifica en el plano de la ley. Un delito legal es, una vez, la flor del mal que brota de un tallo de actividad, junto a muchos otros tallos de la misma planta que no florecieron (pluralidad de acciones com unidad de lesión jurídica). Otra vez un solo tallo acti-*

vo dió muchas malas flores (unidad de acción com pluralidad de lesión jurídica)"²².

6. Com relação à colocação doutrinária da matéria do "concurso de crimes", embora não pacificado que se insira na teoria da pena, posição esta acolhida pelo CP/40, tendo, por exemplo, o direito italiano optado por situá-la nos domínios da teoria do delito, conclui-se pelo acerto do diploma repressivo brasileiro.
7. Não se deve confundir, à luz de todo o exposto, o "concurso de crimes" com a "conexão de delitos", i.e., quando entre os delitos houver ligação causal para o fim de facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunibilidade ou vantagem de outro crime, circunstâncias meramente agravantes ou qualificadoras, na hipótese do artigo 121, parágrafo segundo, inciso IV, do CP.
8. Pode, pois, quando se fala em concurso formal, "*a ação desdobrar-se em vários atos, sem com isso perder a sua unidade essencial. O agente mata um homem com dois ou três tiros ou com doses sucessivas de veneno. Há uma série de atos, de movimentos corpóreos consecutivos, que, reunidos, vão integrar a mesma manifestação de vontade, constituindo uma ação só. Esta pode realizar-se em um fazer ou não fazer, ação em sentido amplo, ação ou omissão*" (Aníbal Bruno).²³

²¹ Franz von Liszt, Tratado del Derecho Penal, 1929, p. 165.

²² Abdul Anivaldo Alves de Figueiredo, Comentários ao Código Penal - Parte Geral, 1985, p. 188.

9. No crime continuado, o Código adotou a *teoria puramente objetiva*, que exclui do conceito elementos subjetivos. Assim, não se requer haja qualquer dolo de conjunto ou propósito deliberado de praticar sucessivamente fatos criminosos. Considera-se, na identificação do crime continuado: (a) que os crimes sejam da mesma espécie ; e (b) que estejam ligados por certos elementos objetivos homogêneos.

8. Bibliografia

1. BRITO ALVES, Roque de. *Programa de Direito Penal (Parte Geral)*. 2. ed., Recife: Fasa Editora, 1997, 261 p.
2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1997, 731 p.
3. BUSSADA, Wilson. *Direito Criminal nos Tribunais*. 1. ed. Vol. "a/c", 454 p. ; Vol. "c/e", 546 p., São Paulo: Brasilense, 1991.
4. COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Vol.1, São Paulo: Saraiva, 1992, 244 p.
5. _____ . *Comentários ao Código Penal -Parte Geral*. Volume I, São Paulo: Saraiva, 1986, 507p.
6. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Freitas Bastos, 1986, 651 p.
7. FIGUEIREDO, Ariovaldo Alves. *Comentários ao Cód-*

igo Penal - Parte Geral.
Saraiva, volume 01, 1985, 349p.

8. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Forense, 1985. 491p.
9. GOMES, EUZEBIO. *Tratado del Derecho Penal*. Tomo I, Companhia Argentina de Editores, 1939, 790 p.
10. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 19. ed. Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1995, 657 p.
11. JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y adiciones: S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Vol. II, Bosch: Casa Editorial S/A, 1978, 390 p.
12. MAURACH, Reinhart *Tratado del Derecho Penal*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, 422 p.
13. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 1996, 449 p.
14. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal - Volume I*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, 373 p.
15. SALLES JR., Romeu de Almeida. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1.028.
16. VÁRIOS AUTORES. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 2.175.

17. VON LISZT, Franz. *Tratado del Derecho Penal*, traducido de la 20 edición alemana - Tomo III, Madrid: Editorial Reus S/A, 1929, 463 p.
18. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, 893 p.
19. WELZEL, Hans *Derecho Penal Aleman*, traducción del alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez y Prof. Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970, 378 p.

PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: perspectiva crítica.

Janeide Oliveira de Lima
Promotora de Justiça

Parece singela a questão. Mas não é.

O assunto, decerto, carece tornar-se fundo entre os comentaristas do Estatuto da Criança e do Adolescente e também no âmbito da Jurisprudência que vem sendo formada em nosso país. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, em recente julgado, isto é, no ano de 1997, sequer ventilou a possibilidade de o sujeito que vende bebida alcoólica a criança ou adolescente ter a conduta enquadrada no art. 243 do Estatuto. Isto será demonstrado no desenrolar destes comentários.

O art. 243, da Lei 8.069/90, dispõe:

Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Acerca deste tipo penal lançado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, diz Cury, Garrido e Marçura: "*Trata-se de crime subsidiário, que cede lugar para outro de natureza mais grave, como, por exemplo, o tráfico de entorpecentes*

descrito na Lei 6.368/76", (Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado, 1991, Editora Revista dos Tribunais, p. 125). No tocante ao crime em apreço, anotam na referida obra só esta observação.

Paulo Lúcio Nogueira, no seu Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 1991, Editora Saraiva, p. 316, a respeito do art. 243, da Lei 8.069/90, afirma: "*A previsão do referido crime era perfeitamente dispensável, tendo em vista as disposições da Lei Antitóxicos, muito mais abrangente e também com punições mais severas, como o caso requer, pois é conhecida a preferência dos traficantes pelas crianças e jovens, bem mais suscetíveis às drogas*"

Outros comentaristas do Estatuto, dentre os quais Roberto João Elias e Wilson Donizeti Liberati, abraçam o pensamento de Cury, Garrido e Marçura. Afirmam que se trata de um tipo penal subsidiário, quando der lugar a outro crime mais grave, a exemplo do tráfico de entorpecentes (Lei 6.369/76, art. 12).

A advogada e professora de Direito, Tânia da Silva Pereira, em sua obra Direito da Criança e do Adolescente, editora Renovar, 1996, à página 526, leciona: "*Neste crime se incluem o envolvimento, o consumo e o tráfico de drogas*". Fácil inferir que discorda de todos os outros doutrinadores aqui invocados. Afirmo, ainda, na mesma obra, à página 516: "*os sujeitos ativos desses crimes serão processados na Justiça da Infância e Juventude ou na Vara Criminal conforme disposição da Lei de Organização Judiciária de cada Estado da Federação*".

Conclui a referida doutrinadora que o Estatuto incluiu neste tipo penal, além do tráfico de drogas, a Contravenção Penal prevista no art. 63 do Decreto Lei nº 3.688/41, que trata da conduta de servir bebida alcoólica

a menor de 18 anos, cuja sanção prevista é de prisão simples de dois meses a um ano e ainda multa aos infratores. Portanto, de antemão, discorda-se de tal inferência.

Ora, as condutas descritas pelos 18 verbos contidos no art. 12 da Lei 6.368, dizem respeito aos produtos arrolados como substância entorpecente, **capaz de gerar dependência física ou psíquica**, e não simplesmente a produtos cujos componentes **possam** causar dependência física ou psíquica. Sabe-se que há um branco nesta norma penal, eis que o preceito é complementado por outras normas, portarias ou regulamentos que especificam os psicotrópicos. Hoje, quem arrola tais produtos que causam dependência física e psíquica é a **DIMED** - Divisão Nacional de Fiscalização e Farmácia.

Leciona o mestre Heleno Cláudio Fragoso, em sua obra Lições de Direito Penal, 9ª edição, 1985, p. 375: "Há subsidiariedade quando uma norma que define crime menos grave está abrangida pela norma que define crime mais grave, nas circunstâncias em que o fato ocorreu".

Assim, a razão está com os autores que afirmam a subsidiariedade da norma contida no art. 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta, são proibidos os comportamentos definidos pelos quatro verbos **vender, fornecer, ministrar ou entregar** produtos a criança ou adolescente, sem justa causa, cujos componentes **possam** causar dependência física ou psíquica.

Desse modo, discorda-se aqui da afirmativa de Tânia da Silva Pereira de que o art. 243 do Estatuto inclui a conduta do envolvimento, consumo e tráfico de drogas. De outra parte, também se diverge da mesma comentarista quando afirma que aqueles que cometem crime contra criança e adolescente serão processados pela Justiça

da Infância e Juventude ou Vara Criminal, dependendo do que dispuser a Lei de Organização Judiciária de cada Estado da Federação.

Criminosos são processados e julgados perante um Juízo Criminal, é consabido, dispensando maiores comentários. A Justiça da Infância e Juventude é de natureza Cível e não Penal. Conseqüentemente, seria uma afronta a princípios constitucionais e ao próprio art. 226 da Lei 8069/90 afirmar que autores de crimes possam ter subtraído o seu direito de se verem processar pelo Juízo cuja competência advém de lei federal, não sendo possível lei de Organização Judiciária alterar isto.

Quando há concurso aparente de normas, o direito penal regula a solução do conflito lançando mão dos princípios da *especialidade*, *subsidiariedade* e o da *consunção*. No caso do aparente conflito entre a Lei 8.069/90 e a Lei 6.368/76, a resolução chega pelo emprego do princípio da *subsidiariedade*. A Lei 6.368/76 disciplina crime mais grave, está visto. Trata de produtos entorpecentes que causam e não somente que tenham *possibilidade* de causar dependência física ou psíquica, como é o caso da previsão do art. 243 da Lei 8.069/90.

O posicionamento lançado na obra de Paulo Lúcio Nogueira, conquanto distinto do de Tânia da Silva Pereira, também despreza regras de direito penal. Afirma ele que o Estatuto deveria ter prescindido do art. 243, em razão da existência da Lei 6.368/76. Como já se afirmou, o art. 243 é diferente do art. 12 da Lei 6.368/76. Assim, discorda-se, também, da conclusão do referido doutrinador.

Os autores que, acertadamente, enxergam a subsidiariedade, lamentavelmente, não manifestam outras opiniões a respeito de outros aspectos de enorme relevância

no entendimento deste tipo penal. A exemplo do art. 63, I, da Contravenção Penal, que pune a conduta de servir bebida alcoólica a menor de 18 anos. Há enormes confusões ainda neste ponto. Muitos doutrinadores e Tribunais continuam compreendendo como vigente o invocado artigo de lei. Para eles o art. 243 do Estatuto não revogou o inciso I, do art. 63 da LCP. Alguns, surpreendentemente, até suscitam conflito entre este artigo e a infração administrativa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Veja-se, a propósito, **julgado do ano de 1997**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Venda de Bebida Alcoólica a Menor de 18 Anos

-A venda de bebida alcoólica a menor de 18 anos guarda relevância penal - art. 63, inc. I, da LCP - não se constituindo em infração administrativa, na órbita do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar da proibição inscrita no seu art. 81, inc. II. Tal proibição, adotada no referido dispositivo legal, não foi incluída dentre as infrações administrativas previstas nos arts. 245 a 258 do Estatuto. Em outras palavras, não considerou o legislador a venda de bebidas alcoólicas a adolescentes como ilícito administrativo, na medida em que a conduta proibida não se cominou qualquer sanção. Não se pode, ainda, procurar-se amparo no art. 249 do citado diploma legal. A conduta em exame não encontra adequação nesta hipótese legal. Tal dispositivo refere-se ao pátrio poder, à tutela, à guarda e às determinações da autoridade judiciária que digam respeito a esses mesmos institutos. A parte final do dispositivo está umbili-

calmente ligada ao texto que o antecede. Não comporta, pois, interpretação isolada. Demais disso, a proibição de venda de bebida alcoólica a menor de 18 anos não pode ser considerada como decorrente de determinação da autoridade judiciária. A uma porque tal comportamento negativo decorre de lei - art. 81, inc. II, do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 63, inc. I, da LCP. A duas porque não pode ser objeto de portaria, já que foge à esfera de competência regulamentadora do magistrado prevista no art. 149 do Estatuto. (TJ-SP - Ac. unân. em Câm. Esp., de 17-07-97 - Ap. Cív. 35.245-0/9 - Rel. Des. Dirceu de Mello - Espora de Ouro Lanches X Ministério Público).

Eis, portanto, a intensa discussão acerca do tema *venda de bebida alcoólica a criança ou adolescente*. Neste caso concreto, percebe-se que o Tribunal de São Paulo prescindiu inteiramente da norma do art. 243 do Estatuto, sequer ventilou a possibilidade de conflito entre esta e o art. 63, I, da LCP, tampouco entre o dispositivo contido na Lei 8.069/90, que diz respeito a produtos que possam causar dependência física ou psíquica a menores de 18 anos e a Lei 6.368/76.

Dentre os comentários pertinentes ao Título VII, que trata de Crimes e Infrações Administrativas, mais lúcido se mostra o de Renato Cramer Peixoto, que entende estar revogado o art. 63, I, da Lei das Contravenções Penais, por força da entrada em vigor do art. 243 da Lei 8.069/90. Acrescentando que a venda de cigarro a criança e adolescente, por ser substância com possibilidade de causar dependência física ou psíquica, poderá caracterizar o crime disciplinado no art. 243 do Estatuto.

A respeito da reflexão de Renato C. Peixoto, veja-se

nota contida na obra **Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial**, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 387, Alberto Silva Franco e outros:

"Sujeito Ativo

Qualquer pessoa, 'especialmente comerciantes que trabalhem com esse tipo de produto, como **donos de bar, farmacêuticos, sapateiros, etc.** Mas não está excluída a possibilidade de serem os próprios pais, parentes ou amigos que, inadvertidamente, ministrem um medicamento com componentes tóxicos ao menor, sem a devida recomendação médica; ou que lhe dêem acesso a produtos com essa conotação, ainda que para simples transporte de um lugar para outro. Fornecer cigarros pode caracterizar esse crime' (Renato Cramer Peixoto, ob. cit. p. 269).

Objeto material

Ao tipificar a conduta em foco buscou o legislador evitar a ação do sujeito ativo tomando criminosa, por qualquer meio e sem justa causa, a entrega de produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica à criança ou ao adolescente..."

Na mesma obra, a seguinte nota:

"Depois de entender revogado o inc. I, do art. 63 da Lei das Contravenções Penais, o citado comentarista Renato Cramer Peixoto vê, no artigo 243, 'situação semelhante ao tráfico de tóxicos, diferenciando-se desse crime que, aliás, é o motivo da ressalva existente na cominação da pena, pelo dolo do sujeito ativo. Neste crime, a vontade é somente a de vender, fornecer, ministrar ou entregar, sem a finalidade que comanda a ação do traficante. Tanto que se observa que até mesmo a utilização indevida é considerada".

Quanto ao preceito em branco do art. 12, da Lei

6.368/76, tem-se o trabalho da DIMED que arrola as substâncias causadoras da dependência física ou psíquica, preenchendo assim a norma penal em branco.

No que tange ao complemento da norma contida no art. 243 do Estatuto, não se conhece tabela regulando produtos que possam causar dependência física ou psíquica. Logo, conclui-se que, tão-só e exclusivamente, a experiência permite, por presunção, inferir quais substâncias têm possibilidade de causar em criança e adolescente dependência física ou psíquica. Pode-se arrolar como exemplos: cola de sapateiro, bebida alcoólica e cigarro.

O tema comporta outra feição nodosa. É vedado o procedimento analógico para todas as normas penais incriminadoras. Portanto, como se poderia subsumir a conduta de alguém numa norma de cujo complemento ainda não se tem conhecimento mediante regulamento ou portaria. Resta saber como enquadrar e punir o sujeito ativo do crime descrito no art. 243 da Lei 8.069/90 apenas por presunção gerada pela experiência.

Até o presente momento operadores do direito, juristas, Tribunais e pessoas que lidam com o grave problema de produtos nocivos utilizados por infantes e jovens não chegaram a um consenso acerca de quais produtos têm potencialidade para gerar dependência física ou psíquica. Assim, opera-se uma estranheza quanto à aplicação de um comando penal que permanece com o conteúdo indeterminado, cujo complemento não surgiu para ir ao encontro da proibição genérica nele contida. Há de se perquirir se a aplicação do tipo penal em apreço não atentaria até mesmo contra o princípio da taxatividade da lei.

Esta última colocação ganha força com a seguinte

lição: *“o princípio da legalidade equivale à taxatividade da lei e exprime a exigência de que o âmbito de aplicação da norma seja explicitamente delimitado por seu paradigma legislativo: numa palavra, o princípio acarreta a proibição da analogia”* (Spasari, *Diritto Penale Costituzionale*, p.2) - nota extraída da obra *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco e outros, 5ª edição, *Revista dos Tribunais*, páginas 34/35)

Ante tanta dúvida e posicionamentos dessemelhantes de comentaristas, Tribunais e operadores, surge a necessidade de se refletir com mais profundidade e, caso necessário, se levar a cabo uma revisão na parte penal contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, que descreve atualmente 16 tipos de delitos.

A previsão de penas para autores de delitos disciplinados na Lei 8.069/90 só poderá ter eficácia após reflexões fincadas na lucidez, que sirvam para minimizar o abuso praticado geralmente por adultos que se valem de uma licenciosa impunidade.

Bibliografia

1. FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*, Forense, 1985
2. JESUS, Damásio E., *Direito Penal*, Saraiva, 1996
3. FRANCO, Alberto Silva, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, *Revista dos Tribunais*, 1995
4. ELIAS, Roberto João, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, Saraiva, 1994
5. LIBERATI, Wilson Donizeti, Malheiros, 1997
6. CURY, GARRIDO & MARÇURA, *Estatuto da Criança*

ça e do Adolescente Anotado, Revista dos Tribunais, 1991

7. PEREIRA, Tânia da Silva, *Direito da Criança e do Adolescente, Uma Proposta Interdisciplinar*, Renovar, 1996
8. NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Saraiva, 1991.

A (DES)NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".

José Carlos Arruda Dantes

Procurador do Estado, Advogado e Ex-aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE.

Neste artigo, prendemos nossos estudos a (des)necessidade do reconhecimento de firma no instrumento procuratório "ad judicium". Cotejamos, muito superficialmente, os mandatos civil e judicial, no afã de discerni-los para melhor manejá-los. Espelhamos o pensar doutrinário sobre o tema e lançamos nosso particular modo de ver.

O mandato é o Contrato pelo qual alguém (mandatário ou procurador) recebe de outrem (mandante) poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses.¹

Desse conceito, depreende-se a idéia de representação. O mandatário é o representante do mandante. Os atos por ele praticados repercutem na esfera jurídica do mandante. O mandatário age e fala em nome de terceiro. É o mandante quem contrai as obrigações e adquire direitos como se pessoalmente tivesse praticado o negócio jurídico, permitindo a realização de certo e determinado negócio por intermédio de outrem. As partes, através de manifestação volitiva, fixam os limites do mandato, vinculando-se dentro dos mesmos, podendo a qualquer tempo "ad nutum" pôr fim ao vínculo existente.

¹ Maria Helena Diniz, in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 242.

"No direito brasileiro, como no francês, no português etc., a representação é essencial e a sua falta desfigura o contrato para locação de serviços. No novo direito italiano, o mandato pode ser com ou sem representação, configurando-se este último quanto as relações jurídicas se estabelecem diretamente entre o mandatário e o terceiro, e não entre o mandante e o terceiro".² Percebe-se, portanto, que o mandato só pode ser conferido para prática de atos jurídicos que não sejam "intuitu personae".

A doutrina especializada classifica o mandato em "geral" ou "especial" quanto aos poderes nele conferidos. E, no que toca a sua finalidade, os têm classificados em "ad negotia" ou extra judicial, **se a ação do mandatário se der fora do âmbito judicial** e "ad iudicia" ou mandato judicial, **se destinado a obrigar o mandatário a agir em juízo em nome do constituinte**, por isso, reger-se-á por normas especiais e será sempre oneroso. O advogado faz com o cliente contrato de prestação de serviços, ou de obra, ou ainda contrato de trabalho (menos freqüente); só o advogado pode procurar em juízo, no entanto pessoa diversa pode ser mandatário ou procurador nos termos do direito material, mas não do processual. Apenas para representação judicial é que se exige advogado, para relação jurídica de direito material não. O mandato judicial é ao mesmo tempo mandato e locação de serviços, por isso se presume oneroso.

Tendo em vista o fim deste artigo, dispensamo-nos de tecer maiores comentários acerca do mandato civil, além dos que se fizerem necessários, sob pena de fugirmos ao cerne da "questio iures" em tela.

² Caio Mário da Silva Pereira, in Instituições de Direito Civil, V. III, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 252.

Adentrando a senda do mandato judicial, cumpre-nos destacar que ele deve ser feito por escrito e tem por objeto a defesa ou patrocínio dos interesses de uma pessoa perante qualquer juízo ou tribunal; logo, o procurador deverá ser advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de nulidade dos atos praticados (art. 4º da Lei n.º 8.906/94). Em que pese a dicção legal, na verdade não se trata de ato nulo, mas sim de ineficaz. A constituição do mandato é válida; porém, por não poder produzir efeitos jurídicos, é tida como ineficaz.

O campo mais fértil de visualização dos mandatos é sem sobra de dúvida o judicial. Assim, torna-se imperioso identificar os traços que distinguem uma de outra espécie, sem invadir os efeitos administrativos (naquilo que confina com os requisitos de habilitação profissional e disciplina da conduta do procurador) e penal (na afirmação da imunidade assegurada ao causídico, quanto aos escritos produzidos em juízo – *libertas conviciandi*).

Não se pode perder de vista o professor Caio Mário da Silva Pereira, que destaca: "O exercício do mandato judicial constitui, como qualquer profissão, uma garantia constitucionalmente assegurada (Constituição de 1988, art. 5º, n.º XIII), "observadas as condições de capacidade que a lei estabelece", empregada a palavra capacidade na acepção especial de habilitação legal".³

O liame entre o mandato judicial e o civil, segundo a lição do insigne *Silvio Rodrigues*, situa-se na fronteira entre o direito civil e o processual, talvez mais dentro dos lindes deste, do que daquele.

Em sede de doutrina tem se debatido sobre a (des)necessidade do reconhecimento da firma no instru-

³ Caio Mário P. 206

mento procuratório. A importância do tema surge porque atinge a representação processual (afetando a relação jurídica entre aparte e o Juízo, através de terceiro). Passemos então a focar os posicionamentos doutrinários sobre a necessidade ou não do reconhecimento de firma no instrumento procuratório.

Uma plêiade, entende que se faz absolutamente necessário o reconhecimento da firma nos instrumentos procuratórios qualificados com os poderes contidos no parágrafo único do art. 38 do CPC. Para seus adeptos, os poderes contidos no parágrafo excepcionam a norma contida no "caput" do referido artigo.

Nesse pensar, destaca **Pontes de Miranda** que "As relações jurídicas entre os procuradores e as partes escapam, conceptualmente, à legislação processual".⁴ E continua o renomado autor: "A *ratio legis* para a exigência do reconhecimento de firma está em que passam à frente, para validade (raramente, para existência) ou para a eficácia, a identidade do figurante ou dos figurantes, ou de outras pessoas, que assinem, e a autenticidade da assinatura ou das assinaturas".⁵

Ademais, a exibição pelo mandatário do instrumento de mandato a terceiro constitui garantia para o terceiro, por isso o ingresso em juízo das partes requer a mais da capacidade legal a outorga do mandato escrito a advogado legalmente habilitado.

Assim sendo, a conversão do feito em diligência, determinando o reconhecimento da firma pela parte, para os adeptos dessa corrente, é o caminho mais adequado a ser tomado quando esta vier desprovida de tal medida. Afasta-se, assim, qualquer decretação de plano de nulidade (ineficácia).

O insigne Washington de Barros Monteiro destaca que "O mandato judicial pode ser conferido por instrumento público ou particular devidamente autenticado (Cod. Civil, Art. 1.324). A procuração, quando outorgada por escrito particular, valerá desde que a tenha assinado o outorgante e haja sido reconhecida sua firma (Cód. Proc. Civil, Art. 38)".⁶

Nesse diapasão, o professor Francisco de Queiroz Cavalcanti entende que "o CPC foi também alterado no tocante à disciplina das procurações quando sob a forma de instrumento particular. Na redação anterior constava o requisito tradicional do reconhecimento de firma do mandante. A emenda ocorrida foi supressiva, extirpando do dispositivo a expressão: *Estando com a firma reconhecida. Criou-se, pois, exceção à regra contida no Código Civil, art. 1.289, 3, segundo a qual o reconhecimento da firma no instrumento particular é condição essencial à sua validade em relação a terceiros. Corresponde a inovação ao que Orlando Gomes denominava de "tendência para simplificar as formalidades". Em virtude, considerando o pouco crédito dos reconhecimentos de firma na grande maioria das localidades brasileiras, a forma pouco profissional, e, às vezes, até pouco ética como esses atos são praticados, a supressão dessa formalidade nas procurações para o foro em geral não traz, em princípio, prejuízo para a parte (mandante); antes pelo contrário, pois faz crescer a responsabilidade do advogado, inclusive sob o aspecto penal. Não se olvide, entretanto, que o abrandamento da formalidade representada pelo reconhecimento da firma não ocorreu nas hipóteses de outorgada de quaisquer dos poderes espe-*

4 Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 4 ed., Tomo I, p. 403

5 Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 4 ed., Tomo I, p. 432

6 Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 1995, 5 Vol. 2 parte p. 279

ciais previstos no art. 38 do CPC (receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso), permanecendo, nesses casos, a exigência de reconhecimento".⁷

O insigne Sérgio Bermudes, seguindo essa trilha, destaca que "A *procuração com cláusula ad iudicia et extra*, além dos poderes referidos no parágrafo anterior, habilitará o advogado a praticar todos os atos extrajudiciais de representação e defesa perante: a) quaisquer pessoas jurídicas de direito público, seus órgãos, ministérios, desdobramentos e repartições de qualquer natureza, inclusive autarquias e entidades paraestatais; b) quaisquer pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economias mistas ou pessoa física em geral.

A procuração pode ser perante tabelião (instrumento público), ou por instrumento particular, que pode ser manuscrito, ou datilografado, ou por algum outro meio de impressão, sem importar quem escreveu, datilografou ou imprimiu. O instrumento particular, como o público, tem de ser assinado pelo outorgante, a que exige reconhecimento da firma por tabelião, para que seja eficaz (não se diga que um instrumento particular devidamente assinado antes do reconhecimento é nulo; o caso é de ineficácia; o ato jurídico existe e vale, apenas ainda não tem eficácia de que se trata). Se o outorgante é menor, ainda se também tem de assinar o titular do pátrio poder, tutor ou curador, o instrumento tem de ser público. A falta de reconhecimento da firma é defeito da representação (art. 301, VIII) e dá ensejo à alegação da outra parte, devendo ser ouvido o outorgante no prazo de dez dias e, verificada a omis-

são do reconhecimento, supre-se, no prazo de trinta dias, a falta (CF. art. 327, que aliás se refere à alegação do réu e suprimento pelo réu)".⁸

Mais uma vez, destaque-se que mesmo para os adeptos desse pensar, a falta de firma reconhecida no instrumento procuratório não tem conseqüências que sofra ter ao tempo em que se exigia ser apurado se era sanável ou insanável a nulidade. O julgador deve abrir prazo para que a parte supra tal direito de representação, só após o que, ante a inércia da mesma, pode fulminar os poderes ali contidos, considerando, ante o princípio da economia processual, a referida procuração, apenas, para o foro em geral.

Fora dos casos de representação legal, o causídico deverá apresentar procuração. No entanto, em caso de urgência o advogado poderá apresentar-se sem procuração, mas deverá em 15 dias, prorrogável por igual período *art. 37 do CPC*, apresentá-la; é denominada "*Cautio de rato*". Neste caso os atos praticados são prescindem de ratificabilidade, a qual tem de ser escrita, salvo na justiça do trabalho, onde se tem admitido a tacitamente.

Esposando tese diametralmente oposta a até aqui exposta, encontramos doutrinadores defendendo a dispensabilidade do reconhecimento de firma como elemento dispensável para eficácia do mandato "*ad iudicia*".

Levando em conta a topologia legal do dispositivo (Código de Processo Civil e não Código Civil), bem como a finalidade das reformas, entendem seus defensores que a regra contida no parágrafo único do artigo 38 do Diploma de Ritos Civil completa a regra inserta no "*caput*" do mesmo dispositivo, determinado que os poderes ali descritos só serão validos quando expressamente previstos no instrumento do mandato.

⁷ In "Inovações no Processo Civil", Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 28.

⁸ In "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 437.

O professor *J.J. Calmon de Passos*, tecendo alguns comentários sobre a procuração para o foro em geral, leciona: "A modificação realizada no art. 38 apenas suprimiu a velharia da exigência do reconhecimento de firma do outorgante no mandato conferido ao advogado, para representá-lo em juízo. Inclusive em substabelecimento. Estamos livres, portanto, de mais esse martírio desnecessário"⁹.

Igual pensar tem o insigne professor Humberto Theodoro Junior: "A Lei n.º 8.952, de 1994, alterou sua redação para eliminar a exigência de reconhecimento de firma no mandato conferido pela parte ao advogado, o que representa, sem dúvida, abolição de praxe antiga e completamente desnecessária diante dos anseios de desburocratização e celeridade do processo"¹⁰.

Serpa Lopes, comentando o mandato judicial destaca que "... Por assim dizer, não há diferenças fundamentais entre o mandato comum e o judicial. Ambos, dependem de um valor de representação e ambos são outorgados 'ad nutum' do mandante. Todavia diferem em relação aos mandatários, que, posto continuam a ser escolhidos na base da confiança do mandante, todavia essa escolha terá que recair sobre um membro de determinada classe, a dos advogados e ainda em relação ao seu objeto é ele destinado exclusivamente a um determinado ramo de serviços, que é o constitutivo da matéria forense, de modo que", como expressivamente sobrelevo *COSTA MANSO* não é destinado a produzir efeitos em relação a terceiro, mas simplesmente habilita o procurador a defender em Juízo o seu constituinte. O próprio mandato 'ad negotia' pode conter poderes 'ad iudicia,

9. In "Inovações no Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 95.
10. As inovações no Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 3ed., 1995, p. 66.

para facilitar ao próprio mandatário comum, mediante substabelecimento, outorgar aqueles poderes a um profissional. A natureza do mandato judicial é mais próprio ao campo processual, razão pela qual muitos Códigos o omitem, como igualmente aconteceu em relação ao Projeto CLÓVIS"¹¹.

Recentemente, sobre o presente tema a 6ª (Sexta) Turma, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, a sua unanimidade, acolheu o entendimento enunciado no julgado abaixo descrito, "Verbis":

"Mandato. Ad iudicia. Dispensabilidade do reconhecimento de firma. - O art. 38 do CPC, com nova redação dada pela Lei 8.952/94, a teor do que ensina a melhor doutrina, veio desburocratizar os tramites processuais, razão pela qual não mais se exige seja reconhecida a firma de procuração outorgada a advogado, com fim de postular em juízo, mesmo aquela que contenha poderes especiais, pois, qualquer alusão à norma contida no art. 1.289, §3º do CC. Recurso especial não conhecido". (STJ - Ac. Unân. Da 6ª T., Publ. Em 16.2.98 - RESP. 154.245-RS - Votação Unânime. Rel. Min. Fernando Gonçalves)¹². (g.n.)

A nova redação contida no parágrafo do art. 38 do CPC em nada alterou a norma contida no art. 1.289, § 3º do Código Civil. Sua dicção excluiu a exigência do reconhecimento de firma para a procuração "ad iudicia", inclusive a com poderes especiais.

Em seu voto o Min. Fernando Gonçalves acatou os fundamentos insertos em decisão do TRF 4ª Região que dispõe:

11. Miguel Maria de Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, Freitas Bastos, 1993, 4ª ed., Vol. IV p. 336.
12. COAD informativo n.º 27/98 Cod. 83604.

"Entendo que o Código de processo Civil, quando trata do instrumento de mandato para advogados, está regendo a forma de representação judicial das partes.

Assim, a supressão da autenticação da firma do outorgante pelo art. 38 do Código é para todos os poderes, tanto da cláusula Ad judicium como das chamadas cláusulas especiais, só que nesta última hipótese, a procuração tem que ser expressa em relação aos poderes especiais. Se um advogado, pelo citado artigo 38, tem só poderes da cláusula 'ad judicium', só os tem fora em geral. Não tem poderes de receber citação inicial, de dar quitação ou receber quantias, de conciliar, de transigir de direito, para os quais a representação deve ser específica.

Entendo, portanto que só é necessária a autenticação da firma do outorgante quando o Contrato de mandato não for para advogado atuar em juízo". (fls. 39) Grifos nossos.

Ademais, como destaca Carlos Maximiliano em sua obra "*Specialia generalibus insunt*" (o que é especial, acha-se incluído no geral; ou, em outros termos, - o geral abrange o especial - Gaio, no Digesto, Liv. 50, tit. 17, frag. 147).¹³ Assim, os poderes elencados no parágrafo do art. 38 do CPC estão compreendidos nos do "caput" do mesmo artigo, sendo apenas excepcionados. É forçoso concluir que para exercê-los deve o causídico inseri-los no instrumento do mandato sob pena de ficar despidos dos mesmos.

Como visto, brilhantes são as teses esposadas num e noutro sentido, todas com esboço em aquilatados trabalhos doutrinários e, portanto, dotadas de profunda razão. No entanto, como posição pessoal, quicá um dia geral, de-

¹³ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Freitas Bastos São paulo, 1941. p. 295.

clinamo-nos em aceitar a tese da desnecessidade do reconhecimento da firma no instrumento procuratório, independentemente dos poderes nele contidos, quando o procurado tiver apenas de atuar em Juízo. Isto se dá tendo em vista que se a parte contrária quiser impugnar a assinatura ali lançada, poderá levantar como questão incidental a falsidade da assinatura ali lançada. Sem aliás, prejuízo das medidas penais cabíveis. Assim, nosso ordenamento fornece elementos suficientes para permitir que a parte proteja-se de eventuais fraudes. Não deve o magistrado de bem distribuir justiça, instituir formalismos, burocratizando o andamento do feito, sob pena de em nome da forma ferir o fim do processo.

"Ad judicium", portanto, é o mandato que permite a parte residir em juízo, podendo ou não conter os poderes especiais. Assim, não são os poderes que indicam a natureza jurídica do mandato ("*ad negotia*" ou "*ad judicium*"), mas sim, a sua finalidade (destinação). Portanto, se o cunho do mandato é habilitar a parte a postular em juízo, o será, contendo ou não os poderes elencados no parágrafo único do art. 38, "*ad judicium*". Caso contrário será "*ad negotia*".

Por fim, cumpre destacar que neste momento tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei (n.º 4.017, de 1997, publicado no Diário da Câmara dos Deputados em janeiro de 1998)¹⁴ de autoria da deputada Dalila Figueiredo, que propõe o fim do reconhecimento obrigatório de firmas para todo e qualquer documento.

Em face da importância do tema, e por guardar estreita relação com o presente artigo, colacionamos as razões que levaram a Deputada a propor tal medida, "literis":

"O reconhecimento de firma, constitui-se, hoje, uma

¹⁴ COAD Informativo Semanal 27/98 fls. 402/403.

verdadeira galinha de ovos de ouro para os cartórios. Os valores escorchantes que são cobrados por um simples carimbo; a inexistência de cumprimento de tabelas de preços estipulados pelos órgãos judiciários competentes; a perda de tempo em filas intermináveis; a falsidade que não é impedida pelo reconhecimento da assinatura, são motivos suficientes para a sua extinção.

Não vemos necessidade da continuidade de sua existência.

Desde que os interessados comprovem que realmente são os verdadeiros signatários de determinado documento, haverá a substituição natural do cartório, que apenas verifica a similitude da assinatura com os arquivos que este possui.

Como é feito o reconhecimento de firmas pelo cartório? Simplesmente observam se determinada assinatura assemelha-se com a que consta nos arquivos e apõem um carimbo.

Ora, a partir do momento em que a parte interessada verifica, após compulsar os documentos da outra, que a assinatura é legítima, a intervenção do cartório se faz desnecessária.

Caso haja falsidade no ato de assinar, as vias judiciais poderão ser acionadas, imputando-se ao agente a prática do crime no Código Penal capitulado.

O reconhecimento de firma feito pelos cartórios não é de natureza absoluta, iure et de iure, mas tão só relativa, juris tantum, pois cabe prova em contrário da parte que se sentir lesada. Deste modo qual é a garantia que o reconhecimento de firma pelos cartórios pode oferecer?

Assim, a nossa proposta encontra toda a sua razão

de ser, e para ela conto com a aprovação dos ilustres pares nesta Casa". (Grifos não constantes do original).

Tal medida, em que pese esposar razões dignas, além de muito rigorosa, contraria interesses econômicos fortes, levando-a possivelmente ao fracasso, ante a força que têm os Cartórios no Brasil, máxime no Poder Legislativo. Ademais, rompe de forma brutal com a tradição do nosso direito, tendendo a agregar em posição contrária muitos adeptos. Além do mais, a posição jurisprudencial sobre o tema tem preservado o espírito adotado na reforma recente do Código de Processo Civil, atendendo aos interesses em conflito de forma harmoniosa, razão pela qual entendemos, ao menos por enquanto, carecer de terreno fértil o projeto de lei da Deputada.

Em conclusão, a necessidade ou não do reconhecimento de firma dar-se-á pela finalidade do instrumento procuratório. Assim, quando destinado à habilitar alguém a residir em juízo, estará afastada sua exigibilidade; quando não se fará imperiosa. Por cautela, cabe destacar que essa tese não é esposada pela maioria dos magistrado deste Estado, bem como pelos dessa Seção Judiciária Federal. São esses os nossos breves comentários sobre tão relevante tema processual.

Bibliografia

- BARROS MONTEIRO, Washington de, "Curso de Direito Civil", São Paulo, Saraiva, 1995, 5 Vol. 2 parte.
BERMUDES, Sérgio, "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1995.
CALMON DE PASSOS, J.J., "Inovações no Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1995.

- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz, "Inovações no Processo Civil", Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- DINIZ, Maria Helena, "Curso de Direito Civil Brasileiro", São Paulo, Saraiva, 1993.
- MIRANDA, Pontes de, "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 4 ed., Tomo I.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, "Curso de Direito Civil", Rio de Janeiro, Forense, Freitas Bastos, 1993, 4ª ed., Vol., IV.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da, "Instituições de Direito Civil", Vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Freitas Bastos, São Paulo, 1941.

O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

Luciana de Medeiros Fernandes

Maestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Professora de Legislação Social da Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. Intróito 2. O processo de supranacionalização: 2.1. Identificação conceitual 2.2. Base ideológica. 2.3. O reverso do processo. 2.4. Modelos. 3. O (Neo)Estado: 3.1. A Administração Pública. 3.2. Parceria. 3.3. Intervenção e regulação. 4. A realidade brasileira. 5. Epílogo. Bibliografia.

*"Si nós atrasados e fracos, como somos, quizermos afagar a esperança de, um dia, sermos contados por alguma cousa, devemos reconhecer que a vida pede luz e calor para expandir-se, e devemos dizer cada um ao Estado: tira-te do meu sol!"*¹.

1. Intróito

Indiscutível é a atribuição de uma nova postura ao Estado, especificamente ao Estado administrante, em face da corporificação dos ideais globalizadores, calcados na dinâmica da integração econômica. Trata-se de tema cuja abordagem tem sido feita com profusão e desvelo, haja vista a relevância que enseja, não apenas de cunho cientí-

¹ Beviláqua, 1902: 122-123. Mantendo-se os padrões gramaticais do original.

fico-doutrinário, mas, sobretudo, em termos de validade e eficácia das recentes concepções ou das reformulações de conceitos já delimitados.

Destarte, o escopo do nosso trabalho consiste em buscar traçar o arcabouço dessa realidade mundializadora e demonstrar, frente a ela, a atual caracterização estatal.

2. O processo de supranacionalização.

Há muito que as fronteiras entre os países têm sido derrubadas e que as desigualdades regionais deixaram de representar um entrave para o surgimento e o progresso de um inter-relacionamento concreto e frutífero entre os Estados. Inicialmente, essa aproximação assumiu a forma de relações internacionais entre entes que se descobriam como atores sociais; hoje, sob os auspícios da globalização, já se planeja e se constrói uma comunidade supranacional de países.

Em face dessa nova realidade, materializada no agrupamento dos Estados e na coordenação e na partilha cada vez mais íntimas de suas políticas e regulamentações, com vistas a alcançar objetivos comuns, até mesmo um novo conceito de soberania passou a ser traçado. Estamos, modernamente, em face do que se convencionou chamar de "soberania compartilhada" ou "soberania permissiva".² E, de pronto, pode-se divisar a relevância dessa mutação conceitual, no que tange à organização interna dos Estados nacionais, bastando que se apreenda a idéia de que a centralização estatal é reputada mecanismo de asseveração da soberania.

2 Ver Lafer, 1982; Loal, 1998; Litrento, 1991; Matteucci, 1986; 1179-1188; Vignali, 1995.

2.1 Identificação conceitual.

Teçamos, *ab initio*, algumas reflexões de cunho terminológico.

A globalização, também denominada de mundialização, pode ser entendida como o processo crescente de abertura - há quem fale de supressão - das economias nacionais ao fluxo de mercadorias e capitais alienígenas, seja pela permissividade das políticas adotadas pelos Estados, como a uniformidade de tratamento entre o capital nacional e o capital estrangeiro, seja pela queda das barreiras alfandegárias e entraves vários (como o excesso de intervenção estatal na seara econômica), com vistas à formação de um mercado global unificado. Tem cunho prevalentemente econômico, ou pode ser visualizada sob dupla perspectiva: a globalização produtiva (do comércio) e a globalização financeira (dos investimentos).

Nascido com a expansão mercantil européia e com as grandes navegações, ainda em fins da Idade Média, reforçado com a Revolução Industrial, mas desenvolvido, fundamentalmente, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, como mecanismo de reconstrução, pela conjugação de forças, das economias nacionais destroçadas pelo referido conflito, o processo de globalização, assentado na redução das distâncias geográficas, em razão dos avanços tecnológicos e do primado da informação celeridade, e na união sincronizada dos Estados, foi sofrendo uma profunda intensificação, tendo abandonado sua idealização genérica e assumido ares de marcha eminentemente econômica, especificando-se e transmutando-se em processos de integração econômica e de regionalização.

A integração econômica, assim, corresponde à corporificação dos ideais globalizantes, a característica mais

peculiar do processo de mundialização, consubstanciada na formação de blocos de Estados, que, atendendo a determinados padrões (estabilidade política e econômica, especialmente) e semelhanças, se vinculam através de tratados fundacionais e se comprometem a, progressivamente, liberar seus mercados, pela eliminação de restrições alfandegárias e não-tarifárias à circulação de bens, serviços e fatores de produção, coordenação de políticas macroeconômicas, fixação de uma tarifa externa comum, harmonização legislativa, particularmente no que tange à concorrência comercial. Por conseguinte, pode assumir a forma de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e integração econômica total, consoante seja o grau de somação.

Bela Balassa define a integração econômica como "processo" e como "situação": "*Encarada como processo implica medidas destinadas à abolição de discriminações entre unidades econômicas de diferentes Estados; como situação pode corresponder à ausência de várias formas de discriminação entre economias nacionais*"³. Já Juan Mario Vacchino sustenta: "*Los problemas económicos del mundo actual ya no pueden resolverse a nivel nacional ni mundial. Según la expresión de Lord Frank: 'La verdad es que el mundo es demasiado grande y la nación individual demasiado pequeña. Las agrupaciones regionales son un suceso natural' (citado por Dell, 13-p.49)*". E continua: "*... la naturaleza del proceso de integración económica es muy compleja. Se está frente a un objetivo que es, al mismo tiempo, un instrumento*"⁴.

3 Balassa, 1961: 12

4 Vacchino, 1990: 23-24

A denominação regionalização, por sua vez, é utilizada, nesse sentido, para designar o agrupamento de Estados, na medida em que este se faça expressar por uma novel região do globo, com ela passando a ser identificada. *Id est*, nomeia a zona constituída pela reunião retro referida.

2.2 Base ideológica

Dentro desse novo lineamento estrutural, tem-se defendido que o neoliberalismo, patrocinado por Friedrich Hayek ("O Caminho da Servidão", 1944), constitui o substrato ideológico da globalização.

Nesse particular, muito se perquire acerca da existência e da originalidade dessa doutrina e, por conseqüência, se ela não seria apenas um modismo, uma expressão nova para designar o "velho" liberalismo. Defende-se, com certa constância, que o neoliberalismo existe por si mesmo, e pode ser entendido como uma adequação da doutrina liberal, dos seus princípios basilares, às circunstâncias e exigências da atual época, apresentando características que lhe são próprias. Como diz Perry Anderson: o neoliberalismo deve ser compreendido "*como fenômeno distinto do simples liberalismo clássico, do século passado*"⁵.

O liberalismo remonta ao século XVII, como arcabouço ideológico das revoluções contra o absolutismo e o mercantilismo na Europa, corporificando-se em dois conjuntos de idéias: o liberalismo político (John Locke e Montesquieu) e o liberalismo econômico (Adam Smith). No que tange ao liberalismo político, objetivava a garantia e a proteção da liberdade e da propriedade, e, bem

5 Anderson, Perry "Balanço do Neoliberalismo". In *Gentili & Sader*, 1995: 09.

assim, a restrição aos poderes do Estado, pela consolidação da democracia representativa e da separação de poderes. No que atine ao liberalismo econômico, pregava-se a livre iniciativa e a livre concorrência, não podendo o Estado interferir na economia, exceto para garantir essas liberdades. Percebe-se, por conseguinte, que a política de não intervenção estatal não era absoluta, comportando exceções, concernentes não apenas à garantia da livre concorrência, mas também referentes a serviços que não seriam atraentes para a iniciativa privada e que continuariam como incumbência do Estado.

Posteriormente, várias crises atingiram os sistemas capitalistas de cunho liberal, como a quebra da Bolsa de Nova Iorque e as recessões pós-guerra, *exempli gratia*, gerando instabilidade e, conseqüentemente, a necessidade de uma maior intervenção do Estado, que passou a dirigir inúmeros setores da economia. Além disso, alguns organismos internacionais surgiram, como o FMI, fundado em 1944, para promover a cooperação monetária internacional, e o GATT - atual OMC - que, assinado em 1947, iniciou o processo de liberalização do comércio internacional e de derrubada de barreiras e discriminações comerciais. Tais organismos impõem uma série de diretrizes que terminam por refletir no âmbito estatal interno de regulação das relações econômicas. Demais disso, também merece realce, nesse contexto, a Política do Bem-Estar Social, iniciada em 1880, na Alemanha, por meio da qual o Estado objetivava atenuar as desigualdades sociais produzidas pelo capitalismo, através de projetos nas áreas de saúde, educação e seguridade. Era a busca do Estado Social. E foi em oposição ao Estado interventor e ao *welfare state* que se projetou a ideologia neoliberal. Segundo o mestre Pinto Ferreira, "o neoliberalismo nasceu na Inglaterra e nos Estados Unidos. Iniciado por Reagan na Norte América se baseou na famosa Curva de Laffer, consubstanciada nesta orientação: moeda estável, imposto baixo, pleno emprego e mercado livre".

Contemporaneamente, buscou-se, com alicerce nesse conjunto de idéias, o Estado mínimo, unicamente responsável pela estabilidade monetária. De fato, verificou-se a quebra dos países socialistas, o aumento do déficit público em várias potências e a instalação de uma Nova Ordem Mundial, "pós-capitalista", comandada pelos EUA, e trazendo no seu bojo, como ideologia fundamentadora, o neoliberalismo, concebido, por alguns, como uma retomada, ou uma exacerbação dos ideais liberais, e, por outros, como uma doutrina original, mas, em qualquer caso, tendo por preceitos nucleares o afastamento do Estado do mercado e das relações entre particulares, deixadas à livre iniciativa e, peculiarmente, a abertura da economia.

Como caracterizar, então, o Estado neoliberal? De acordo com o Consenso de Washington, produzido pelo governo americano, por bancos internacionais, organismos multilaterais, economistas e juristas, o Estado neoliberal deverá proceder às seguintes reformas: "1) disciplina fiscal para eliminação do déficit público; 2) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, com a superação de subsídios; 3) reforma tributária, mediante a universalização dos contribuintes e o aumento dos impostos; 4) adoção de taxas de juros positivas; 5) determinação da taxa de câmbio pelo mercado; 6) liberalização do comércio exterior; 7) extinção de restrições para os investimentos diretos; 8) privatização das em-

.....
 © Ferreira, 1998: 05.

presas públicas; 9) desregulação das atividades produtivas; e 10) ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade.”⁷

Ou, dito de outro modo: proporcionalidade entre a arrecadação e os gastos públicos e austeridade; redução do tamanho do Estado (limitação de sua interferência na economia, redefinição do seu papel); privatização de setores não relacionados a atividades tipicamente estatais; participação na globalização (ênfase nas exportações e redução das alíquotas de importação); abertura ao capital alienígena; distanciamento do Estado quanto às finanças; desregulamentação; reforma previdenciária, tributária e administrativa.

2.3 O reverso do processo

Não se pode deixar de destacar, nessa contextura, a questão pertinente ao receio surgido paralelamente ao desenvolvimento da integração.

Tem-se sustentado que a globalização da economia contou com o apoio irrefragável das grandes potências, como os Estados Unidos, que viram nesse processo uma forma de expandir os mercados consumidores de seus produtos e de impor sua política forte, assinalando, por conseguinte, uma nova fase do capitalismo, e uma exacerbação das políticas imperialistas de dependência e de dominação.

Embora boa parte dos estudiosos sejam simpáticos à busca dos Estados pelo desenvolvimento em comunidade, mediante concessões recíprocas, pela antevisão, muitas vezes onírica, de um progresso econômico e tecnoló-

7. Faria, José Eduardo, "Democracia e Governabilidade: Os Direitos do Homem à Luz da Globalização Econômica", in Faria, 1998: 148.

gico cada vez maior, outra parcela de profissionais se mostra preocupada com as conseqüências da globalização, especialmente com essa relação de vizinhança “forçada” e troca de favores entre países ricos e pobres, por vislumbraem, no processo em tela, uma intensificação de ideais neocolonialistas e de pretensões de dominação. Argumentam estes últimos estudiosos, em síntese, que a globalização ocasionaria efeitos nefastos para os países não desenvolvidos, na medida em que estes, pela situação histórica de subordinação e dependência, na qual ainda estão inseridos, não teriam forças suficientes para negociar no âmbito internacional e para impor suas necessidades e anseios. Ou seja, a inclusão dos países pobres, especialmente na marcha da integração econômica, implicaria cada vez mais sujeição e, pois, distanciamento em relação a um futuro de prosperidade e de real igualdade entre os Estados. Ressaltam, como um dos principais problemas sociais decorrentes desse processo, o desemprego, fazendo anotar que ele vem se institucionalizando, enquanto mecanismo de marginalização social, passando a fazer parte também da realidade das grandes potências européias. Sublinham, outrossim, os graves problemas ambientais decorrentes não só do incontrolável crescimento industrial, mas também da expansão da pobreza. Realçam, ademais, o enfraquecimento das empresas nacionais.

Poder-se-ia, assim, argüir, se, para esses países não desenvolvidos, a restrição à pouca soberania que ainda lhes resta implicaria maior subalternação aos enormes grupos econômicos hegemônicos, ou se, *a contrario sensu*, o convívio transnacional poderia resultar numa maior ênfase ao bem-estar social global. Este parece estar bastante longe de ser concretizado, se não inalcançável. Basta que se atente para os aumentos da concentração de ren-

da nas mãos de poucos e do desemprego, ou para a preocupação dos estudiosos com a "integração transnacional do mundo resultando na desintegração nacional; a reestruturação da economia internacional segmentando as sociedades nacionais."⁸ Pinto Ferreira, sobre o tema, adverte quanto à dupla feição da globalização - a progressista e a neocolonialista -, sustentando que o neoliberalismo foi desvirtuado nos países subdesenvolvidos.⁹

Quer vista num ou noutro sentido, o fato é que a globalização, alicerçada nos princípios neoliberais, tem se apresentado como um movimento irreversível, dotado de grande poder atrativo dos Estados, cuja inserção é tida como indispensável, na medida em que seu isolacionismo poderia implicar a redução, ou mesmo perda, de poder de barganha e de capacidade de discussão e negociação paritária na ordem comunitária e no âmbito internacional e, bem assim, um grave anacronismo tecnológico.¹⁰

2.4 Modelos

Feitas essas reflexões, cabe sublinhar os principais exemplos de concretização dos ideais integracionistas. Cotejando-se as várias associações estruturadas com essa finalidade de somação de esforços em busca do desenvolvimento conjunto, a União Européia emerge como o

8 Faria, *ibidem*.

9 Cf. Ferreira, 1998: 08.

10 Corporificada está, pois, a grande contradição, a situação penosa que atinge os países subdesenvolvidos, especialmente os latino-americanos, frente à nova realidade mundial unificada, como leciona José Eduardo Faria: "Eis, em suma, o dilema latino-americano: para não se auto-condenar ao sucateamento e à degradação de suas estruturas produtivas, as nações do continente não podem abandonar a ilusão de permanecer fechadas aos impulsos auto-regulatórios de uma economia globalizada; no entanto, as alternativas de que dispõem para a ampliação de seu nível de competitividade e para a elevação de sua presença nos mercados internacionais ameaçam a unidade nacional na medida em que aumentam o risco de desintegração social, aviltam a cidadania, monetarizam os valores políticos e culturais e minam as bases da democracia recém conquistada". In Faria, 1988: 149-150.

mais definido modelo de pretensões integracionistas, já em vias de união monetária. Mais que isso, já inclui, tradicionalmente, na organização transnacional, um Tribunal de Justiça, cujas competências e atribuições foram instituídas por força de uma delegação dos Estados, que abriram mão de parcela de sua autoridade judicante, fazendo-a convergir para um ente decisório comum, composto de juízes dos vários países membros da comunidade. E os Estados foram além, vinculando-se às decisões proferidas nessa instância supranacional, sentenças estas dotadas de obrigatoriedade imediata, ainda que contrárias ao Estado em que serão objeto de execução. A União Européia já possui, inclusive, uma jurisprudência comunitária solidificada. E é essa coletânea de decisões que confirma o processo. Demais disso, essa jurisprudência vem compor um dos mais completos ordenamentos não estatais, o Direito Comunitário Europeu, caracterizado pela aplicabilidade direta, imediata e pela prevalência em relação ao direito nacional de cada um dos países da comunidade; um conjunto de normas jurídicas assinaladas pela supranacionalidade, tendo sido elaboradas por órgãos que não representam os Estados, mas sim a comuna.

No que se refere à nossa realidade, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai se vincularam, sob a denominação de Estados-Partes, através do Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, que constituiu o Mercado Comum do Cone Sul, ou Mercosul, sobrevivendo às anteriormente mal sucedidas ALALC - Associação Latino-Americana de Livre Comércio e ALADI - Associação Latino-Americana de Integração, empreitadas estas que não obtiveram resultados expressivos em razão da timidez dos esforços e da grande heterogeneidade e instabilidade políticas que sempre marcaram a América La-

tina. Ao Tratado mencionado vieram se juntar, posteriormente, outros corpos legislativos, sendo de se sublinhar o Protocolo de Brasília (solução de controvérsias) e o Protocolo de Ouro Preto (estrutura institucional).

O Mercado do Cone Sul foi criado, como o próprio preâmbulo do Tratado de Assunção destaca, com vistas a garantir a inserção dos países membros na nova ordem internacional, assinalada pelas tendências globalizadoras, "estabelecendo as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos", através da promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico "com justiça social", pela coordenação de políticas macroeconômicas, maior e mais produtiva coexistência entre os Estados e aproveitamento adequado dos recursos. Nosso Mercado Comum é ainda incipiente; estamos na fase da constituição de uma zona de livre comércio, caminhando para a união aduaneira; não temos ainda uma tarifa externa unificada. Os progressos são poucos e, muitas vezes, estorvados por crises internas dos Estados. Outrossim, não temos órgãos supranacionais. Já contamos com um ordenamento jurídico, na medida em que foram ditadas normas acatadas pelos países envolvidos, uma ordem jurídica que tem suas próprias fontes no Tratado Fundacional de Assunção, nos Protocolos adicionais, nas diretivas, decisões, resoluções. Contudo, não possuímos um Direito Comunitário, não só pela ausência de jurisprudência, como também pela impossibilidade atual de elaboração de normas vinculatórias diretamente dos Estados, por um ente transnacional. Mais que isso, no caso específico do Brasil, quaisquer normas referentes ao Mercosul, para valerem dentro das fronteiras brasileiras, consentaneamente com o Texto Constitucional pátrio, devem passar por um processo formal de internalização. De fato, os princi-

pais órgãos do nosso processo de integração regional, com capacidade para estabelecer normas, têm natureza intergovernamental, ou seja, seus membros funcionam como embaixadores dos respectivos Estados e não como representantes da comunidade por eles formada.

Trata-se, portanto, de uma realidade expressivamente diferente da União Européia. A dessemelhança é ainda mais acentuada, quando se evidencia como exemplo o mecanismo de tomada de decisões. Na União Européia, as decisões são tomadas por maioria; no Mercosul, qualquer resolução, com exceção das meramente administrativas, só pode ser adotada por unanimidade, ou seja, exige-se a aceitação de todos os Estados para que a norma possa ter validade. Demais disso, naquela união, as normas comunitárias têm primazia em relação ao direito nacional dos Estados, ainda que sejam contrárias a ele. No caso específico do Brasil, não se reconhece nem mesmo a supremacia das normas de direito internacional sobre o direito interno, tendo, o nosso Pretório Excelso, decidido no sentido de que uma lei federal posterior pode revogar uma norma internacional resultante de tratado até então em vigor¹¹, o que se apresenta como resilição unilateral de acordo firmado entre entes com capacidade jurídica para pactuar, e que se obrigaram mutuamente.

Em síntese, sustenta-se que, enquanto a União Européia se caracteriza pela natureza supranacional, por contar com um Direito Comunitário e por enfatizar a supremacia dos interesses globais da comunidade; no Mercosul, com órgãos de natureza intergovernamental, tem-se um direito de coordenação, e objetiva-se, em última análise, a acomodação dos interesses "individuais" (na-

¹¹ Recurso Extraordinário n. 80.004-SE, Relator Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno em 01.08.77, in Fraga, 1997: 74.

cionais) dos Estados. Nota-se, pois, a grande disparidade entre a União Européia e o Mercosul, desigualdade esta que pode ser vislumbrada no próprio escopo pretendido com a integração, como diz o Prof. José Carlos Brandi Aleixo, ao traçar um paralelo entre a integração na América Latina e na Europa: "*Na América Latina a integração foi vista como meio para o desenvolvimento. Na Europa ela se apresentou como um projeto comum*"¹².

3. O (Neo)Estado

Incontestavelmente, o Estado nacional não ficou inerte a todo esse dinamismo de abertura. Pode-se afirmar que essa nova realidade integrativa modificou substancialmente a figura do Estado nacional. E isso se verificou nos dois âmbitos de atuação do Estado: o interno e o externo.

Internamente, tem-se constatado, desde a invasão das grandes empresas multinacionais, com sua grande força influenciadora das políticas econômicas, até a pressão exercida por outros grupos, como organizações internacionais, em vários níveis, numa patente diminuição da interferência do Estado em sede de economia e comércio, áreas deixadas, embora não abandonadas, à iniciativa privada. Daí, *exempli gratia*, a grande ênfase conferida aos processos de privatização, no Brasil.

Externamente, o impacto foi maior, mesmo porque alcançou a soberania na sua aparência de dogma intocável, isto é, a soberania enquanto capacidade de autodeterminação e de independência em relação aos demais Estados. Se, anteriormente, os Estados, despertando do seu isolacionismo, trataram de fomentar suas relações internacionais, vinculando-se, uns aos outros, por laços de

¹² Aleixo, 1984: 31.

cooperação, hoje, o que se tem é uma complexificação desse conagraçamento transnacional. Abandonamos a mera colaboração entre Estados e partimos para uma aventura bem maior, a integração de Estados, entendida esta, em seu sentido gramatical mais literal, como junção, reunião, interação, completação. Estamos em vias de renunciar à idéia de relacionamento entre Estados, individualmente considerados, em favor da formação de uma comunidade supranacional de Estados, com personalidade e capacidade próprias, com uma possível "soberania comunitária", representativa dos interesses da sociedade transnacional. Já se fala, inclusive, num Estado único, sucedendo o já concretizado (em boa parcela do mundo) mercado econômico comum.

As alterações, resultantes da inserção dos países nas comunidades de integração transnacional, são claras, inclusive, no núcleo dos poderes estatais. No *âmbito executivo*, na medida em que as Administrações dos Estados envolvidos devem guardar um mínimo de harmonia entre si e, bem assim, pelo fato de já estarem delineados os órgãos gestores da comunidade de Estados, ou seja, instituições representativas da comunidade e que deliberam em última instância. E, dependendo do grau de integração, talvez se pudesse falar num "*executivo dual*", não no sentido proposto por Maurice Duverger, em sede de parlamentarismo, mas sim no sentido de uma administração realizada pelo representante maior do Estado Nacional com a observância das diretrizes traçadas pelo órgão superior da comunidade da qual o Estado faça parte. No *campo legislativo*, pela possibilidade de elaboração de normas, de caráter obrigatório, por um órgão supranacional, a serem aplicadas direta e imediatamente pelos Estados da comunidade, nos seus ordenamentos jurídicos, e

caracterizando-se pela supremacia em relação ao direito interno. Ademais, devem ser levadas em conta as inúmeras tentativas de harmonização das legislações dos diversos países, nos seus mais variados setores. E, bem assim, o embate maior resultante da fixação e da consolidação de um direito comunitário. Na *esfera judicial*, pela instituição de órgãos decisórios supranacionais, com competência para decidir conflitos surgidos no âmbito da comunidade, fixar interpretação uniforme para as normas comunitárias, ditar jurisprudência de obrigatoria observância pelos Estados membros.¹³

Sucintamente, as principais rupturas, causadas pela globalização, nas estruturas jurídicas dos Estados, consoante José Eduardo Faria, foram a “mundialização da economia”, a “desconcentração do aparelho estatal”, a “internacionalização do Estado” (participação em organismos internacionais e blocos regionais), a “desterritorialização e reorganização do espaço da produção”, a “fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes” (atuação das multinacionais e aumento da competitividade), a “expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória” (*lex mercatoria*, gerando pluralismo jurídico e fragmentação de poder).¹⁴

Tais alterações geraram, por seu turno, perda da autonomia estatal, ficando o Estado, cada vez mais, vulnerável aos impactos da planetarização, e viu reduzido, por consequência, seu poder de intervenção, no campo das

13 Quanto ao Poder Judiciário, observe-se a grave restrição à autonomia estatal que pretende ser imposta pelos organismos decisórios internacionais. Em recente matéria (06.08.98), publicada no Diário Comércio & Indústria de São Paulo, o vice-presidente do Banco Mundial para a América Latina e o Caribe chegou a recomendar ao Brasil a reforma do Poder Judiciário. Até que ponto poder-se-á aceitar a interferência estrangeira em matérias de salutar importância, pertinente aos Poderes da União?
14 In Faria, 1988: 10-11.

forças econômicas. Em verdade, o que se verifica é uma íntima conexão entre as ordens interna e internacional de sorte que a noção de auto-suficiência estatal passa a ser vista como algo abstrato e irreal. A complexidade torna-se ainda mais acentuada, quando se verifica que os ordenamentos nacionais também são determinantes, uns em relação aos outros, de modo que certa medida adotada por um país pode repercutir, decisivamente, em outro, o que torna impossível uma eventual tentativa de isolamento.¹⁵

3.1 A Administração Pública

Dentro desse contexto maior, à Administração Pública também se imprime uma nova compleição. O aparelhamento estatal, voltado à satisfação do interesse coletivo, perdeu muito das suas características centrípetas, ou de sua vocação atraente ou convergente. Essa centralização que, durante muito tempo, foi a base do Estado provedor-interventor, tornou-se pouco eficiente e imensamente dispendiosa, em particular face aos anseios decorrentes do novo sistema global, tornando imprescindível a conformação do Estado a essas novas exigências. Demais disso, a ampliação procedida na Administração Pública, de modo a conferir-lhe também poder normativo, implicou desastrosa desarmonia dos Poderes Constitucionais, o que põe em perigo, inclusive, a primazia da legalidade, enquanto princípio reitor da Administração Pública e o próprio Estado Democrático de Direito.

Frise-se que, quando se postula a mudança no esboço estatal, não se está constatando a modificação do Estado em si, enquanto instituição, mas sim a alteração de sua organização ou de princípios nos quais se apoiava, mas

15 Cf. Later, 1982.

que se tornaram de pouca ou nenhuma funcionalidade frente a uma nova compreensão da realidade.

Vislumbra-se, hoje, uma Administração Pública fundada nos seguintes preceitos: a) imparcialidade, eficiência (produção, qualidade e desburocratização) e transparência (vide art. 37 da Carta Magna brasileira, alterado pela recente reforma administrativa); b) consensualidade (estímulo ao debate, à negociação entre a Administração, os administrados, os particulares e os prestadores de serviços públicos); c) flexibilidade (decorrente do consenso, impondo o equilíbrio dos acordos firmados entre o Estado e os demais atores sociais, em especial ante situações inesperadas, numa "relação dinâmica, negociada ou concertada"¹⁶, com base em um "direito flexível"¹⁷, também chamado "direito reflexivo"¹⁸); d) discricionariedade (para tornar possível o exercício da flexibilização, na averiguação da conveniência ou oportunidade de uma mais intensa descentralização ou da adoção de certas políticas públicas); e) democratização (participação de todos na administração pública); f) redutibilidade, desestatização e desmonopolização (diminuição do plano de interferência estatal, com a sua saída da seara econômica, mas tendo por contrapartida a priorização de suas funções ordenadoras); g) descentralização (no que tange aos serviços públicos); h) e, *in primis et ante omnia*, colaboração (parceria entre os setores público e privado, com vistas a alcançar objetivos rentáveis para ambos).¹⁹

Uma das mais relevantes mutações, advindas da descentralização e da interpenetração entre o público e o privado, foi a alteração levada à efeito no conceito

de serviço público. Inicialmente compreendido como "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo"²⁰, hodiernamente tornou-se possível sua delegação a pessoas jurídicas de privado, não perdendo, o serviço, seu caráter publicista pelo simples fato de não mais estar sujeito ao regime de direito público. É o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de "público não estatal", ou seja, "serviços públicos seriam, nesse conceito transicional e provisório, as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público."²¹

Nessa contextura, de "descentralização social" ou "descentralização por colaboração", destaca-se a criação das organizações sociais (no Brasil, a publicização do setor privado foi regulada pela Lei n. 9637, de 15.05.98), pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, subscritoras de contrato de gestão, destinadas ao exercício de atividades relacionadas ao ensino, pesquisa científica, tecnologia, meio ambiente, cultura e saúde, que recebem, para tanto, um título especial de reconhecimento do Poder Público, e que contam, no seu ór-

16Wald, 1995: 43.

17Carbonnier, Jean apud Wald, 1995: 44.

18Roth, André-Moel, "O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno?" In Faria, 1998: 22.

19Ver Di Pietro, 1997; Moreira Neto, 1998; Soufo, 1997; Wald, Moraes & Wald, 1998.

20Mello, 1995: 374. Grifos nossos.

21Moreira Neto, 1998. Defende a superação do conceito de "público formal" (competência), substituído pela noção de "público material" (finalidade). Ver também Tácito, 1995.

ção gestor e deliberativo, com a participação de membros da comunidade e do Estado.

Note-se que não há, nessa hipótese, privatização, na medida em que as atribuições conferidas às organizações sociais são caracteristicamente estatais, ocorrendo apenas a outorga de sua exercitação (e não de titularidade) a entidades mais aptas a desenvolvê-las eficientemente. Assim, *a contrario sensu*, não há que se falar em descentralização administrativa, mas sim em privatização, em caso de exercício de atividade econômica pelo Estado, porque, nesse caso, ele não detém a qualidade de titular, exercendo-a em caráter suplementar. Demais disso, não há, nas organizações sociais, a índole econômica que se manifesta nos processos de privatização.

3.2 Parceria

Se, no âmbito transnacional, as concepções dominantes são a do entrelaçamento das economias nacionais, do inter-relacionamento e da cooperação entre os Estados, em busca do crescimento conjunto e, bem assim, a do comprometimento com a liberdade de mercado e a eficiência, que implicam bravia concorrência, internamente, e em conformidade com elas, vislumbra-se a construção do "Estado pluriclasse", do "Estado subsidiário", do "Estado instrumento", do "Estado competitivo", alicerçado nas idéias de colaboração, reciprocidade, participação e parceria, fazendo desaparecer o "Estado concentrado ou monolítico"²², o Estado onipresente e onipotente.

De fato, salienta-se a descentralização administrativa²³, e acentua-se a noção de parceria - reunião de pessoas para lograr desígnios comuns. Parceria não apenas entre Estados,

²²Cf. Moreira Neto, 1998.

²³Que não se confunde com a descentralização política, não obstante esta também seja um indicativo da mutação estatal, no sentido de distribuição de funções a outros entes. Ver, quanto à descentralização política, Borja, 1987.

ou parceria entre indivíduos, entre pessoas jurídicas de direito privado, mas também, e fundamentalmente, parceria entre o Estado e a iniciativa privada, com vistas ao compartilhamento e à co-gestão do interesse público. Parceria esta que, em sede de Administração Pública, se consubstancia na forma de desmonopolização, concessão, permissão (contratualizada), franquia, terceirização, convênio, consórcio, acordo-programa, contrato de gestão, tidos todos como espécies do gênero privatização, entendida, de forma ampla, como transferência para o setor privado de determinadas atividades, anteriormente desempenhadas pelo setor público, com vistas à diminuição do tamanho do Estado e à gestão participativa - transferências estas que podem se verificar com ou sem delegação²⁴ - e, em sentido estrito, como cessão, para a esfera particular, de ações de empresas estatais.

3.3 Intervenção e regulação

Atentando-se para o fato de que a atuação do Estado no campo econômico pode-se dar de três modos distintos - Estado regulador, Estado promotor e Estado empresário²⁵ -, e considerando-se a evolução histórica da participação estatal na economia, que entremeia épocas de absentismo e momentos de intensa interferência, percebe-se a moderna mutação verificada na forma de proceder do Estado. Abandonou-se o Estado social, garantista e de forte intervenção, e buscou-se o Estado subsidiário²⁶;

²⁴Cf. Moreira Neto, 1998.

²⁵Ver Grau, 1980. No que tange ao sistema americano, ver Musolf, 1968. Ver, ainda, Ortiz, 1993.

²⁶Marie Sylvia Zanella Di Pietro, distingue o Estado subsidiário do Estado mínimo. "Neste, o Estado só exerce as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consegue desempenhar a contento no regime de livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento". Di Pietro, 1997: 24.

abrandou-se o Estado produtor, agente da atividade, e incrementou-se o Estado moderador, orientador.

Em verdade, um fato é consequência natural do outro. Se o Estado abdicou de sua função empresarial, deixando a economia aos particulares, é presumível e mesmo aconselhável que desenvolva eficazmente suas atribuições reguladoras e protetivas, com vistas ao resguardo do mercado contra eventuais excessos e abusos²⁷. E mais que isso, o grande perigo que se avizinha é a perda de controle pelo Estado no que tange ao volume e ao procedimento das relações econômicas, risco que parece iminente, quando se verifica que mesmo os órgãos internacionais não têm mais esse controle.²⁸

Por conseguinte, também se processou uma mutação no conceito de poder de polícia, de maneira que foi posta de lado a noção de poder (imposição) inerente à Administração, construindo-se a concepção de poder de polícia enquanto função/atividade (legislativa) estatal. Ademais, também se verificou seu redimensionamento, postulando-se, mesmo, a alteração da denominação para "*direito administrativo ordenador*"²⁹.

Leciona Carlos Ari Sundfeld que a concepção de poder de polícia foi forjada para um Estado mínimo, de modo a ficar restrita à "*imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade*". Ocorre, que, com a constituição do Estado social e o alargamento das atribuições protetivas estatais (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico e artístico, instituições financeiras), o conceito de poder de polícia tornou-se estreito e deficiente, para alcançar todas essas hipóteses. Essa insuficiência é

27 Ver Pucervo, Zuleta. "O Processo de Globalização e a Reforma do Estado" in *Faria*, 1988: 125.

28 Cf. *Lafer*, 1982: 80.

29 Cf. *Sundfeld*, 1997.

ainda mais proeminente, quando se tem em conta o retraimento do Estado em relação à seara econômica e às atividades de cunho não estritamente estatal, o que implica a sobrelevação de sua função reguladora. Por isso mesmo foi amoedada a compreensão da administração ordenadora, enquanto "*parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio*".³⁰

4. A realidade brasileira

O Brasil³¹, enquanto inserido na realidade do Mercosul, vem promovendo uma abertura econômica significativa. E, nos últimos tempos, tem se legislado prodigamente, inclusive em termos de emenda constitucional³² e de medida provisória, acerca de inúmeros assuntos, muitos dos quais antes tidos como inalcançáveis, objetivando, além do corte de gastos e da saída do Estado-agente da atividade econômica, com o consequente fomento da iniciativa privada, tornar o sistema brasileiro mais condizente com a política de livre acesso de mercados, até pelo fato de estar comprometido com essa liberdade econômica. Tal iniciativa do governo brasi-

30 *Sundfeld*, 1997: 20.

31 Analisando a Constituição brasileira de 1988, rio que tange ao binômio Estado/economia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sublinha que "curiosamente, a Constituição de 1988, que em tantos aspectos foi inovadora e até ousada, não rompeu com vícios estatizantes, que herdamos de cerca de meio século de experiências desenvolvimentistas, dos quais trinta e cinco anos sob regimes autoritários. O estatismo, tão em moda durante toda a primeira metade deste século, arraigou-se e reforçou-se entre nós desde a Revolução de Trinta a tal ponto que hoje, enquanto o mundo retoma o caminho do progresso pela competição e pela cooperação, enclausuramo-nos num modelo obsoleto, marcado por vícios políticos e econômicos que estão sendo superados até nos países socialistas, onde a estatização atingiu seus extremos." *Moreira Neto*, 1989: 05.

32 *Canotilha*, 1996.

onal, atividades relativas ao monopólio do petróleo e instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo. Preceituou o art. 5º. da referida lei que as atividades mencionadas *"serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País."*

Também recentemente, ocorreram modificações de grande significado no setor de telecomunicações, na medida em que a União poderá explorar os serviços de telecomunicações diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, *"nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais"* (art. 21, XI, da CF/88). Pela letra constitucional anterior, modificada pela Emenda n. 8, de 15.08.95, tal exploração só poderia ser feita diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, assegurando-se, apenas, a prestação de serviços de informação por entidades de direito privado, através da rede pública de telecomunicações, explorada pela União. A lei prevista na atual redação da Carta Magna já foi editada. Trata-se da Lei n. 9.472, de 16.07.97, que estruturou a competência da União para, através do órgão regulador, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, fazendo incluir na organização em cotejo *"o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações."* (art. 1º., parágrafo único). Demais disso, fixou os deveres do poder público e os direitos dos usuários. Por

fim, vale ressaltar a criação da Agência Nacional de Telecomunicações.

Uma outra novidade foi a alteração na legislação pertinente às concessões e permissões, que resultou na Lei n. 8.987/95. Um dos principais estímulos à participação privada nos serviços públicos concerne à política tarifária prevista no diploma legal retro destacado, anteriormente já consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, que conferiu ênfase toda especial à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inclusive com a previsão da revisão das tarifas quando essa estabilidade fosse abalada. Outro ponto que merece destaque concerne à contemplação da teoria do *factum principis* no § 3º., do art. 9º., que tem o seguinte teor: *"Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão de tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso."* Tais dispositivos garantem, assim, ao particular, segurança e confiança nas contratações com o poder público, e se constituem em exposição consentânea com os princípios da flexibilidade e da consensualidade, que representam traços marcantes do Direito Administrativo moderno. Nesse sentido, sustenta Arnoldo Wald, *ipsis verbis*: *"Reconhece-se, hoje, que a evolução das convenções fez com que certos contratos comerciais e administrativos passassem a adquirir um caráter 'prospectivo', em virtude do qual a vontade das partes pode manifestar-se de modo diferente no tempo, ensejando a obrigação de renegociar de boa-fé, em virtude das transformações sofridas pela própria*

natureza do contrato. Assim, no Brasil, em virtude da falta de recursos do dono da obra, pode o contrato de empreitada acabar sendo acrescido de um financiamento por parte do empreiteiro para a conclusão dos trabalhos. Neste caso, é preciso aplicar ao mútuo as regras próprias que sobre eles incidem, assegurando-lhes os juros de mercado, como aliás entendeu a jurisprudência do **Tribunal de Justiça de Pernambuco** em decisão que mereceu ser ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça".³³

Mereceria ainda realce a Lei n. 9.074, de 07.07.95, na qual se transmutou a Medida Provisória n. 1.017, de 08.06.95, que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos, especialmente na área de energia elétrica. Traz, ainda, capítulo pertinente à reestruturação dos serviços públicos concedidos, através de processo de privatização.

Este é, sem dúvida, o aspecto mais discutido das reformas governamentais de abertura ao capital privado. O Programa Nacional de Desestatização, regulado atualmente pela Lei n. 9.491, de 09.09.97, tem como objetivos primordiais "reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especi-

almente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; permitir que a Administração concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa." (art. 1º.)

- d) Abertura à tecnologia. O desenvolvimento tecnológico pode ser considerado como uma das principais causas do surgimento e da manutenção do processo de globalização, na medida em que importou num estreitamento das distâncias geográficas e em grandes avanços na área industrial. Demais disso, tornou-se o grande diferencial entre os países, de sorte que, hoje, poder-se-ia classificar, com utilidade, os Estados em: Estados que detêm tecnologia, Estados que não a detêm e Estados que a detêm de forma principiante. Essa diferenciação tem assumido ares de ainda maior relevância, chegando-se a sustentar que a tecnologia passou a ser o precípuo componente dos processos integracionistas. Isso porque se, por um lado, convivemos com a idéia e já a prática de um mercado livre, enquanto aquele que não sofre limitações de cunho tarifário, resultantes das barreiras alfandegárias recém abandonadas, por outro lado, para tentar contrapesar e equilibrar essa situação de vulnerabilidade e mesmo de fragilidade, verifica-se que os Estados têm se utilizado de sua tecnologia

33 *Wald*: 1995, 47. Grifo nosso.

desenvolvida como uma barreira de caráter não tarifário, com vistas a proteger sua economia. Daí porque já se fala em "tecnologia nacionalismo". No caso específico do Brasil, a inovação mais recente quanto à regulamentação da tecnologia fica por conta da Lei n. 9.609/98, que, em razão das pressões internacionais, inclusive de organizações como a OMC, pôs abaixo medidas de cunho restritivo ao livre comércio de programas de computador, até então vigentes.

e) Incremento das funções estatais reguladora e ordenadora (fiscalização, incentivo e planejamento), para contrabalançar o aposentamento do Estado-agente da atividade. O alicerce para o crescimento de tais officios está, fundamentalmente, na necessidade de se garantir o interesse público, preservando-o e protegendo-o dos eventuais excessos de atuação da iniciativa privada, atualmente gozando de alto grau de liberdade, inclusive e principalmente, transnacional. Tal proteção se materializa, sobretudo, pelo respeito aos princípios constitucionais (soberania; propriedade privada e sua função social; livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico; defesa do consumidor e do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; favorecimento das micro-empresas). Também com funções de regulamentação e fiscalização nas correspondentes áreas, foram criadas, paralelamente ao incentivo representado pelo mecanismo de desestatização, as agências autônomas, inspiradas no sistema americano, com regime autárquico especial, quais sejam a Agência Nacional de Telecomunicações, a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Agência Nacional do Petróleo, cujas atribui-

ções têm caráter determinante na proteção da salubridade do mercado e da própria soberania nacional.

5. Epílogo

Todos esses aspectos são um demonstrativo dos reflexos da abertura econômica na ordem jurídica brasileira.

Essa reestruturação, se podemos assim chamar os objetivos da política governamental que ora se desenvolve, não se verifica exclusivamente no Brasil. Em todo o mundo, tem-se procurado reorganizar o mecanismo estatal, para torná-lo mais consentâneo e receptivo à integração, talvez mesmo por receio dos Estados, no sentido de que, em não havendo a necessária adequação aos novos contornos do mundo, sejam eles relegados a uma posição secundária na órbita internacional, ficando isolados e sem força frente aos grupos de Estados integrados.

Portanto, as mudanças verificadas no contexto internacional refletem, decisiva e expressivamente, no âmbito interno dos Estados, em particular no núcleo responsável pela condução das políticas públicas, de modo a ensejar uma nova postura principiológica, embaixadora da Administração Pública.

Concebe-se, modernamente, uma Administração Pública calcada nas idéias de parceria, de comunicação, de partilhamento e gestão compartilhada do interesse público, com vistas à sua efetiva concreção. Busca-se um Estado unicamente comprometido com as funções tipicamente estatais e com a orientação e promoção da livre iniciativa, para que esta se desenvolva sem pôr em perigo o bem comum.

O que se espera, frente a esse novo encadeamento de idéias é: que, embora inseridos num sistema-mundo,

os anseios nacionais sejam priorizados em relação às aspirações de uma comunidade mais ampla de países; que se saiba extrair, da integração econômica, os benefícios que dela decorrem, procurando-se, por outro lado, desenvolver instrumentos que protejam o país enquanto imerso na sua atual vulnerabilidade; que a Administração Pública, com sua novel moldura, torne-se realmente capaz de responder às necessidades sociais e se dedique, com afinco, às áreas hoje consideradas estratégicas e prioritárias, como é o caso da educação; que as agências autônomas cumpram o seu papel fiscalizatório e moralizador, enquanto conceito nuclear do Estado ordenador; que se advirta para os riscos e perigos do descontrole estatal, especialmente tendo-se em conta a busca incessante de lucro pela iniciativa privada; que as reformas administrativas efetivadas não resultem unicamente em mudança de sujeitos ativos, isto é, na transmutação do monopólio estatal em monopólio privado, alijando-se, por conseqüência, o Estado, dos seus compromissos com o elemento social; que a flexibilidade e a discricionariedade administrativas não importem em atentado ao princípio da legalidade, como se verifica pelo uso indiscriminado de medidas provisórias, ofensor do Estado Democrático de Direito; que se construa a cidadania plena e se conscientize a sociedade quanto aos mecanismos de que ela dispõe, para o resguardo do interesse coletivo, e quanto à imprescindibilidade de sua participação ativa na gestão pública. Ou, como menciona José Eduardo Faria: "formação de poderes sociais capazes de se contrapor ao poder privado e particularista do capital, compensando-se assim a erosão da soberania dos Estados nacionais na nova ordem econômica internacional"³⁴.

34 Faria, 1998: 159.

Desenvolvimento e inserção comunitária sim, mas sem comprometimento do interesse público e sem a degradação nacional.

Bibliografia

- ALEIXO, José Carlos Brandi (1984). "Integração na América Latina". In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. 21. N. 81. Jan./Mar, pp. 19-32.
- ANDERSON, Perry (1995). "Balanço do Neoliberalismo". In GENTILI, Pablo & SADER, Emir (organizadores). *Pós-neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, pp. 09-37.
- BALASSA, Bela (1961). *Teoria da Integração Econômica*. Trad. GONÇALVES, Maria Filipa & FERREIRA, Maria Elsa. Lisboa: Livraria Clássica Editora.
- BEVILÁQUA, Clóvis (1902). *Estudos de Direito e Economia Política*. 2. ed. Aumentada. Rio de Janeiro: H Garnier Livreiro.
- BORJA, Jordi et al (1987). *Descentralización del Estado. Movimiento Social y Gestión Local*. Chile: FLACSO.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1996). *Revisões e Reformas Constitucionais. Para uma Teoria da Crítica Constitucional*. Palestra proferida no 7º. Seminário Nacional de Estudos Jurídicos. Sergipe.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (1997). *Parceria na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas.
- FARIA, José Eduardo (organizador) (1988). *Direito e Globalização Econômica. Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros.

- FERREIRA, Pinto (1998). "Globalização e Neocolonialismo". In *Jornal O Judiciário*. Recife. N. 04. Set./Out., p. 08.
- FRAGA, Mirtô (1997). *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno. Estudo Analítico da Situação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense.
- GRAU, Eros Roberto (1990). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LAFER, Celso (1982). *Paradoxos e Possibilidades: Estudos sobre a Ordem Mundial e sobre a Política Exterior do Brasil num Sistema Internacional em Transformação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- LEAL, Rosemiro Pereira (1996). *Soberania e Mercado Mundial*. São Paulo: Editora de Direito.
- LITRENTO, Oliveiros (1991). *A Ordem Internacional Contemporânea. Um Estudo da Soberania em Mudança*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.
- MATTEUCCI, Nicola (1986). "Soberania". In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. FERREIRA, João, VARRIALE, Carmem C. e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, pp. 1179-1188.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1995). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo (1989). "O Estado e a Economia na Constituição de 1988". In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Vol. 26. N. 102, Abr./Jun., pp. 05-20.
- _____. (1998). *Transferências de Atividades Estatais a Entes da Sociedade*. Tese apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado. São Paulo.

- MUSOLF, Lloyd D. (1968). *O Estado e a Economia*. São Paulo: Atlas.
- ORTIZ, Gaspar Ariño (1993). *Economía y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público*. Madrid: Marcial Pons.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela (1997). *Desestatização. Privatização. Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SUNDFELD, Carlos Ari (1997). *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros.
- TÁCITO, Caio (1995). "O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro". In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. N. 202. Out./Dez., pp. 01-10.
- VACCHINO, Juan Mario (1990). "Motivaciones y Objetivos de la Integración". In Barros, Raimundo & Lagos, Gustavo (compiladores). *Manual para el Estudio de los Aspectos Políticos y Sociales de la Integración Económica*. Buenos Aires: Sem Editora, pp. 19-27.
- VIGNALI, Heber Arbué (1995). *O Atributo da Soberania*. Coleção Estudos de Integração (vol. 09). Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas.
- WALD, Arnoldo (1995). "Novas Tendências do Direito Administrativo: a Flexibilidade no Mundo da Incerteza". In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. N. 202. Out./Dez., pp.43-47.
- WALD, Arnoldo, MORAES, Lúzia Rangel de & WALD, Alexandre de M. (1996). *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO

Maria Dilara Siqueira de Melo Borges
Mestranda em Direito Público na Universidade
Federal de Pernambuco - UFPE, Advogada.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de norma jurídica. 3. Estrutura lógica da norma jurídica. 4. Classificação das normas jurídicas. 5. Das lacunas do direito. 6. Da interpretação da norma jurídica. 7. Da interpretação quanto a fonte das normas jurídicas. 8. Da interpretação quanto aos meios. 9. Da interpretação quanto ao seu resultado. 10. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho monográfico não vislumbra, como o próprio tema já o demonstra, inovar ou modificar o que já fora mercedamente escrito acerca da norma jurídica. Busca, isso sim, analisar alguns aspectos deste tema, sintetizando-os em breves, e simplificadas palavras.

Verificar-se-á, preliminarmente, a norma jurídica, sua conceituação, classificação e estrutura lógica, bem como, se fará uma breve análise das chamadas "lacunas do direito", tendo em vista a sua conseqüência no ordenamento jurídico positivo. Posteriormente, buscar-se-á analisar os aspectos da norma jurídica, correspondentes aos métodos e formas de sua interpretação.

O presente trabalho não pretende se mostrar científico, apenas vem querer, senão em benefício do próprio autor no que diz respeito à sua própria aprendizagem, discorrer sobre este tema de tão imensurável importância para a compreensão do que vem a ser, antes de mais nada, o mandamento e o ordenamento jurídico.

2. Conceito de norma jurídica

Antes de conceituar-se a norma jurídica, é importante diferenciá-la das demais normas.

O estudo da norma jurídica é, para a teoria geral do direito, de grande e incontestável importância. Para Paulo Nader¹, as normas jurídicas são "o ponto culminante do processo de elaboração do Direito e o ponto de partida operacional da Dogmática Jurídica, cuja função é a de sistematizar e descrever a ordem jurídica vigente". Na ótica de Tercio Sampaio Ferraz Jr.², a norma jurídica "é o seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio das quais os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder, etc."

Em resumo, a norma jurídica é uma regra de conduta social, que se distingue das demais normas de conduta social.

1 MADER, Paulo: *Introdução ao Estudo do Direito*, 8 ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

2 FERRAZ JR, Tercio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão e Dominação*, São Paulo: Atlas, 1991.

3 Estrutura lógica da norma jurídica

Quanto à estrutura da norma jurídica, Tercio Sampaio Ferraz Junior³ reconhece que esta não tem, senão por exceção, a forma de um juízo imperativo (faça isto, não faça aquilo), mas de um juízo hipotético - caso isto ocorra, deverá ocorrer aquilo, se houver crime, segue a pena. O referido autor entende que são três os elementos essenciais que, integrados, constroem as proposições jurídicas. São eles os operadores lógicos (é proibido que, é obrigatório que, é permitido que), o conteúdo (as ações humanas com suas conseqüências na natureza) e as condições (pressupostos externos sobre os quais se exercem as ações humanas)⁴.

Para Kelsen, quanto à estrutura lógica da norma jurídica, "em determinadas circunstâncias, um determinado sujeito deve observar tal ou qual conduta; se não a observa, outro sujeito, órgão do Estado, deve aplicar ao infrator uma sanção". O autor mostra que dito esquema possui duas partes, a saber, a que denomina por norma "secundária", que estabelece uma sanção no caso de desobediência ao dever jurídico, e outra, denominada por norma "primária", que define o dever jurídico em face de uma situação de fato⁵. Kelsen distinguiu proposição normativa de norma jurídica, pois afirma que a primeira é um juízo hipotético que anuncia que "sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas". A norma jurídica, por sua vez, seria um mandamento, pois, "não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são

3 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: *A Ciência do Direito*, São Paulo: Atlas, 1977.

4 Idem.

5 KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, 4 ed., Coimbra, Arménio Amado, 1979.

antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos⁶.

4 Classificação das normas jurídicas

As normas jurídicas, quanto ao sistema a que pertencem, podem ser nacionais, estrangeiras ou ainda, de direito uniforme. As nacionais são obrigatórias no âmbito de um determinado Estado. Quando uma norma jurídica tiver validade em um outro Estado, de cujo ordenamento positivo não faz parte, esta será denominada de norma jurídica estrangeira. A norma jurídica de direito uniforme existirá quando um ou mais Estados resolvem, mediante um tratado, adotar uma determinada legislação, a qual terá validade nesses mesmos Estados.

Quanto à fonte de onde promanam, as normas jurídicas podem ser legislativas, consuetudinárias e jurisprudenciais. As primeiras são as normas jurídicas escritas, a saber, as leis, medidas provisórias, decretos, etc. As segundas, são as normas jurídicas que não se encontram escritas ou corporificadas, mas estabelecidas pela sociedade através de seu uso repetitivo e costumeiro. É de se observar que tal norma terá que ter aceitação uniforme, e um caráter obrigatório entre as pessoas. As últimas, normas jurídicas jurisprudenciais, são aquelas criadas pelos julgados dos tribunais.

As normas jurídicas, quanto ao âmbito de validade, podem ter âmbito espacial, temporal, material, e pessoal. No âmbito espacial, a norma jurídica será geral quando se aplicar em todo o território nacional (sendo sempre federal) e local, quando se destinar a apenas a uma determinada parte do território nacional (podendo ser federal.

6. Idem.

estadual ou municipal). No âmbito temporal, terá a norma jurídica vigência por prazo determinado ou indeterminado. No âmbito material de validade, a norma jurídica poderá ser de Direito Público, na qual haverá uma relação de subordinação entre o Estado e o particular, e de Direito Privado, em que, na relação jurídica, haverá um caráter de coordenação entre os sujeitos. As normas jurídicas, quanto ao seu âmbito pessoal, podem ser genéricas, cujos preceitos se reportam a todos os que se acham em determinada situação, ou individualizadas, que se dirigem a uma situação concreta.

No que diz respeito à hierarquia, as normas jurídicas se classificam em constitucionais, que condicionam a validade das demais normas, e na desobediência destas, tem a norma constitucional, o poder de revogá-las. Poderá ser também ordinária, a que encontra-se em segundo plano hierárquico. Haverá a norma regulamentar, configurada com o decreto, e por fim, a individualizada, esta representada pelos testamentos, sentenças judiciais e etc.

Sob o aspecto da sanção, as normas jurídicas podem ser perfeitas, quando o ato que lhes desobedece por passível apenas de nulidade. É mais do que perfeita quando prevê além da nulidade, uma determinada pena. É a norma jurídica menos que perfeita, quando determina apenas uma penalidade, sem no entanto, tornar nulo o ato contrário à mesma. Por fim, é imperfeita a norma jurídica que não considera nulo ou anulável o ato que lhe desobedece, bem como não prevê nenhuma sanção.

A norma jurídica pode ser, quanto à sua qualidade, positiva, quando permitir determinado comportamento, ou ainda, negativa quando, pelo contrário, proibir uma determinada conduta.

Quanto às relações de complementação, classificam-se as normas jurídicas em primárias, cujo sentido é com-

plementado por outras, que por sua vez, são denominadas secundárias.

Finalmente, quanto à vontade das partes, a norma jurídica pode ser taxativa quando resguardar os interesses fundamentais da sociedade. Será ainda dispositiva quando fizer menção aos interesses dos particulares, que podem até mesmo não aderir aos seus preceitos, quando da vontade expressa das partes.

5. Das lacunas do direito

Cumpra ainda, analisar aspectos das chamadas lacunas da lei, tendo em vista a sua relação direta com a interpretação da norma jurídica.

A lei é a fonte principal do direito. Entretanto, não é a única, pois por melhor elaborada que possa ser, e mais abrangente, não abraçará todo o universo de situações e acontecimentos fáticos incidentes na sociedade. Na sociedade, as regras e os princípios gerais devem constituir o principal meio de controle social, ficando à responsabilidade do Estado relacionada à apresentação de normas gerais coercitivas. O legislador, ainda que busque ditar normas jurídicas, as mais diversas, visando a atender aos anseios da coletividade, sempre deixará de atender (não por incompetência) uma parcela dessas situações. As regras gerais necessitam de atos a serem praticados pelas pessoas, bem como das decisões judiciais para cada caso, que dão ao direito uma textura aberta, segundo Herbert Hart⁷. Essa textura aberta significa a existência de áreas de conduta individual que devem ser deixadas para os tribunais preencherem os espaços necessários da lei. Daí,

7. HART, Herbert L. *A Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

observam-se as referidas lacunas, que vêm a ser, justamente, esses "espaços" correspondentes às situações não cobertas ou alcançadas pelo manto da lei. Ocorrerá ainda, que mesmo existindo uma determinada legislação, esta pode conter em seu bojo aspectos que denunciem a existência de falhas.

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao tratar dos direitos individuais, assegura que "a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito", direito esse que se tornou garantido constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico, a partir da Carta Política de 1946. Com este preceito, vê-se a garantia de uma ordem civil para todos os direitos individuais, que se dirige ao poder legislativo, o qual não poderá, através de lei, obstacular a verificação pelo poder judiciário, qualquer lesão ou ameaça ao direito individual de qualquer pessoa, em qualquer circunstância.

A lacuna, tal como admitida, verifica-se quando inexistente disposição legal que regule especialmente determinada matéria, que poderá ser suprida por outra norma com sentido analógico. Se isso não acontece, o fato comporta-se na esfera de liberdade extrajurídica ou é juridicamente indiferente, se aquele resultado é impróprio à índole da relação. A ordem jurídica não admite o vácuo ou a omissão legislativa, motivo bastante, as lacunas (que não são inco-muns no ordenamento jurídico) preenchem-se mediante a interpretação e desenvolvimento do conteúdo legislativo, o que ocasionará o desaparecimento desta lacuna.

Haverá ocasiões nas quais o legislador, ao deparar-se com situações de aspecto ainda imaturo, intencionalmente deixará lacunas na legislação, cuja solução para essas situações concretas ficará ao encargo da jurisprudência e da doutrina. O magistrado, nesses casos, poderá

preencher essas lacunas, à base do sistema jurídico, visto que esse é capaz de gerar norma para essas hipóteses.

6. Da interpretação da norma jurídica

Ao aplicador do direito, cabe a tarefa de fixar o sentido exato da norma jurídica, bem como alcançar com precisão a sua extensão. Por vezes, o texto legal pode apresentar-se ambíguo, ou até mesmo, com má redação. Aliada a esses fatores, a própria mutação social, combinada com a peculiaridade do caso sob julgamento, impõe ao intérprete da norma jurídica o dever de pesquisar e examinar o sentido da mesma. A interpretação da direito é, pois, a fixação, com segurança, do verdadeiro sentido, alcance e conteúdo real da norma jurídica. Interpretar é, pois, determinar o valor da norma jurídica, penetrando na alma do legislador, e reconstruindo o pensamento legislativo.

Pode-se falar em interpretação em sentido amplo e em sentido estrito. Será em sentido estrito a interpretação que verse sobre a determinação da significação da lei, e quando desenvolver o seu conteúdo em todas as direções. Será em sentido amplo, quando a interpretação compreender também a analogia, como defende Manuel Domingues de Andrade⁸.

Didaticamente, a interpretação da norma jurídica tem ganho classificações com o objetivo de obter-se uma melhor aplicação de seus métodos. A primeira delas reporta-se a classificar a norma jurídica quanto à fonte de onde promana, as quais seriam: a interpretação autêntica, a judicial e a doutrinária. A segunda classifica a interpretação da norma jurídica quanto aos meios ou processos, que seri-

⁸ ANDRADE, Manuel A Domingues de Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das leis. 2 ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1963.

am: a interpretação gramatical, a lógica, a sistemática, a histórica e a teleológica (sociológica). Classifica-se ainda a interpretação quanto ao seu resultado, a saber, a interpretação declarativa, a extensiva e a restritiva.

Para alguns doutrinadores, a interpretação, ou a atividade interpretativa é una em sua substância. A atividade de interpretação é complexa e de natureza lógica e prática. Os meios de interpretação somam-se à procura do espírito e vontade do legislador, para que se descubra o real conteúdo da norma.

Da hermenêutica jurídica

Denomina-se hermenêutica jurídica a parte do direito que estuda e sistematiza os processos aplicáveis na interpretação das normas jurídicas. Paulo Nader⁹ afirma que "no mundo do direito, hermenêutica e interpretação constituem um dos muitos exemplos de relacionamento entre os princípios e aplicações. Enquanto que a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos à hermenêutica".

Logo, a hermenêutica não se confunde com a interpretação, pois aquela revela os princípios e serve de subsídio para a interpretação.

7. Da interpretação quanto à fonte das normas jurídicas

Quando o texto legal a ser interpretado for ambíguo, pode-se determinar o sentido e alcance da norma

⁹ NADER, Paulo: Introdução ao Estudo do Direito. 8 ed. rev. amp., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

jurídica por intermédio de outra lei, ou ainda pelo costume. É nisso que consiste a interpretação autêntica ou legislativa. Trata-se de interpretação da lei pela própria lei (que neste caso, será uma lei pretérita). Sua característica principal é o fato de ter essa lei uma eficácia retroativa, visto que remonta seu surgimento a período em que ao legislador competia a interpretação da lei. Manuel Domingues de Andrade¹⁰ diz que é de negar que se trate, neste caso, de verdadeira interpretação, pois "a prescindir da interpretação consuetudinária, que no nosso sistema positivo carece de força vinculante, porque os usos têm uma posição subordinada à lei e valem só nos casos em que são reconhecidos, também a interpretação autêntica vale menos como interpretação, tirando eficácia da lei antiga, do que como lei nova com força própria, mesmo que seja uma lei meramente reprodutiva da anterior."

A interpretação da norma jurídica não se constitui função específica do poder judiciário, entretanto, será a interpretação *judicial*, quando for promovida pelo magistrado ao aplicar a lei ao caso concreto. Para que se configure como judicial, é necessário estar contida na conclusão da sentença, o que resultará em coisa julgada. Pode-se dizer que é uma interpretação ministrada pelos tribunais, através de seus julgamentos. A seqüência desses julgados traduz-se na jurisprudência.

Será *doutrinária* a interpretação quando a mesma emanar da obra do jurista, ou seja, de seu trabalho teórico e doutrinário. O jurista, neste caso, analisa a norma jurídica à luz de seus conhecimentos técnicos.

10 Op. Cit.

8. A interpretação quanto aos meios

A interpretação gramatical ou literal se dará quando se prender à análise filológica do texto legal, ou seja, quando versar sobre a sua linguagem e significado dos termos. Esses termos poderão ser técnicos, diferentemente do comum. Será feita com fundamentos nas regras da linguística. O intérprete irá examinar cada termo do texto, isolada ou sistematicamente, verificando desde a pontuação, até mesmo a origem etimológica do vocábulo. O objeto dessa interpretação será o conjunto de palavras utilizadas pelo legislador para exteriorizar o seu pensamento e vontade. No dizer de Alípio Silveira¹¹, a interpretação literal é o ponto de partida da verdadeira interpretação.

A interpretação *lógica* ou *racional* pesquisará o espírito da disposição dessumindo os fatores racionais, de gênese histórica, da conexão com outra norma e com o sistema por inteiro. Necessário será para o intérprete, analisar as relações de vida para que fora criada a norma jurídica. Manuel Domingues¹² afirma que a interpretação lógica adotará conforme as circunstâncias o sentido que melhor se ajuste à vontade da lei. Acontecerá uma perquirição filológica, na qual será imposto um trabalho lógico, visto que nenhum dispositivo será analisado separadamente dos demais. Será este um trabalho de compreensão de um preceito em sua relação com todos que se articulam logicamente; para alguns autores, denomina-se interpretação lógico-sistemática e, na opinião de Alípio Silveira¹³, é um desenvolvimento da interpretação lógica.

11 SILVEIRA, Alípio O Papel Do Juiz Na Aplicação Da Lei; Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Universitária da Direito Ltda, 1977.

12 Id. Ibidem

13 Op. Cit.

Enquanto a interpretação lógica cuida analisar o valor lógico das palavras, fala-se em interpretação sistemática, que é aquela que busca elucidar as possíveis dúvidas existentes no vernáculo. Na interpretação sistemática, o trabalho de comparação do intérprete é mais amplo, pois buscará a fixação de princípios norteadores do próprio sistema, para que, ao confrontá-los com a norma, e venha a extrair o significado que com eles se compatibilize. Sabe-se que o direito é um conjunto harmônico de regras que correlacionam-se entre si e que se reportam aos princípios gerais do direito. Nota-se que não será possível separar a interpretação lógica da sistemática, nem mesmo no que diz respeito à sua ordem de pesquisa.

A interpretação histórica se dará quando o intérprete, encontrando-se em dúvidas acerca do alcance da norma jurídica, venha recorrer ao elemento histórico, em que verificará as razões históricas determinadoras da lei. O objeto dessa pesquisa será, por exemplo, os debates nas comissões e no plenário das Casas Legislativas a respeito de determinada lei, bem como projetos, pareceres, emendas e ainda, consultas à lei anterior que regula o assunto em questão.

A interpretação sociológica ou teleológica acontece quando o intérprete, estudando e analisando os fatores sociais determinantes da norma jurídica, verifica os efeitos sociais ocorridos na coletividade decorrentes de sua aplicação. Haverá a fixação do sentido objetivo da norma, em relação ao momento de sua aplicação. Investigar-se-ão os motivos sociais provocadores desta norma.

9. Da interpretação quanto ao seu resultado

Quanto ao resultado, a interpretação será declarativa, quando há uma concordância entre o resultado da interpretação e o texto legal. Em outras palavras, o legislador se expressa de forma fiel ao seu pensamento original, fato esse que nem sempre ocorre. Para Manuel Domingues¹⁴, na interpretação declarativa não se fará mais que declarar o sentido lingüístico coincidente com o pensar legislativo.

Será restritiva a interpretação quando o intérprete, havendo concluído o seu trabalho, comprovando que o legislador vai mais além do que realmente queria ou deveria, procede com uma interpretação a qual decidirá pela redução ou restrição do texto normativo. Em outras palavras, aplica-se a interpretação restritiva quando há o reconhecimento de que o legislador quedou-se demasiadamente amplo em sua expressão, quando, na verdade, queria dirigir-se a apenas uma classe determinada de relações. Isso se dá pelo fato de o texto, quando tão extenso e amplo, consequentemente findará por contradizer outro texto de lei.

Por fim, será extensiva a interpretação que destinar-se a corrigir uma formulação por estreita. Neste caso, o texto legal apresenta-se por demais estreito, visto que, como afirma Manuel Domingues¹⁵, "o legislador exprimindo o seu pensamento, introduz um elemento que designa espécie, quando queria aludir ao gênero, ou formula para um caso singular um conceito que deve valer para toda uma categoria".

¹⁴ Op. Cit.

¹⁵ SANDRADE, Manuel A. Domingues de : Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das leis, 2a. edição, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1953.

10. Conclusão

O Direito apresenta-se como um instrumento regulador das situações e comportamentos humanos na vida e convivência social. O direito, portanto, é uma ordem normativa da conduta humana. A norma jurídica é uma regra que, diferentemente das demais regras, morais ou religiosas, possui um atributo e um caráter sancionatório. Sabemos que toda a conduta humana, por mais simples que possa se apresentar, requer e necessita de uma regulamentação. Daí a importância fundamental da norma jurídica, visto que esta versará sobre direitos e deveres individuais e coletivos na sociedade.

Sabemos também que se preocupa o legislador em suprir toda as situações possíveis, de uma ordem ou mandamento jurídico. Com isso, ele busca normatizar o viver em coletividade. Acontece que sempre haverá situações em que a lei mostrar-se-á obscura, necessitando assim, de uma interpretação por parte do aplicador do direito, para que não apenas se resgate o espírito da lei, mas ainda para que o próprio Estado cumpra com uma de suas tarefas, que é prestar a função jurisdicional. A necessidade de interpretar e integrar a norma jurídica se dá, portanto, pela existência de omissões no ordenamento jurídico.

Interpretar um texto legal é compreendê-lo e situá-lo no sistema geral do ordenamento jurídico a que pertença. As normas jurídicas estão umas na dependência das outras, e por isso, há uma exigência óbvia de um nexo que as explique.

A importância da interpretação da norma jurídica é, desta forma, inegável, tendo em vista ser ela, pela sua imperatividade, a própria expressão do direito.

11. Bibliográficas

- ANDRADE, Manuel Domingues de *Teoria da Interpretação das Leis*, 2. ed., Coimbra, Arménio Amado, 1963.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo: Atlas, 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio: *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio e outros. *A Norma Jurídica*. coordenação de Sérgio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- GUSMÃO, Paulo Dourade de *Introdução ao Estudo do Direito*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- HART, Herbert L. A. : *Conceito de Direito*. Tradução de A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.
- KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1979.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 8. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos SA, 1965.
- NADER, Paulo: *Introdução ao Estudo do Direito*, 8. ed rev. amp., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- SILVEIRA, Alípio: *O Papel Do Juiz Na Aplicação Da Lei. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 1977.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA

Maria de Fátima de Carvalho Falcão

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Titular de Direito Processual Penal e Sociologia Geral da Faculdade de Direito e de Administração da Associação de Ensino Superior de Olinda - AESO. Professora Assistente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Professora Assistente de Sociologia Geral, Sociologia da Educação e Cultura Brasileira, da Faculdade de Ciências Humanas de Olinda - FACHO

SUMÁRIO

1. O Significado do termo "Justiça". 2. Etimologia das Palavras "Justiça" e Direito. 3. O que é a Justiça? 4. Classificação da Justiça. 5. O Bem como Valor Social é igual à Justiça. 6. Como é vista a Justiça nos Dias Atuais? 7. Conclusão.

1. O significado do termo "justiça"

O termo "Justiça", significa um equilíbrio entre pretensão e prestação. Daí ser este termo empregado em dois sentidos: se dissermos que a justiça exige algo, estaremos pensando em direitos a que se deve corresponder; imaginamos, também, conseqüentemente, a obrigação que existe de respeitar estes mesmos direitos.

No primeiro caso, se destaca a idéia da ordem da justiça, em que se fundamentam pretensões jurídicas em decorrência do Direito Natural ou do Direito Legal. No segundo caso, se afigura, em primeiro plano, a idéia da virtude da justiça, como disposição para o cumprimento dos deveres jurídicos. Ambos os aspectos de conceito de justiça, estão, intrinsecamente unidos e, por conseguinte,

devem ser visíveis no conceito de virtude. É por isto que, junsnaturalisticamente falando, a justiça é definida como "a firme disposição (habitus) da vontade para satisfazer as pretensões jurídicas de cada um, ou, mais sucintamente, a vontade de dar a cada um o que é seu". (Johanner Messner, in "Ética Social", pág. 412).

2. Etimologia das palavras "justiça" e direito

A palavra grega Sixm, que quer dizer Justiça, origina-se de Dik, Dic, no sentido de indicação, dictamen, isto é, de regra, norma. Disto se conclui que as regras ou normas existentes na sociedade são fenômenos sociais. E seguindo a etimologia da palavra, a justiça seria algo relativo às normas de conduta. Portanto, para sabermos, efetivamente, o que é a justiça, devemos observar, cientificamente, o fenômeno da sociedade humana.

Acerca da etimologia das palavras Direito e Justiça, é necessário que se lembre o homônimo destas duas palavras: Em latim "ius"- "iustitia"; em castelhano "juricidade" e demais, derivadas do latim justiça; no alemão Recht-Gerechtigkeit, indica, mais ou menos, que as idéias aí tratadas têm uma certa relação. Não é de muita importância a antiga discussão acerca de se "ius" deriva de "iustitia", ou contrariamente, esta se origina de iusticia (ius e iustitia apellatur) e São Isidoro diz que o Direito é chamado assim, porque é justo (ius distum est quia justum). aforismo do qual, data vênua discordamos, porque partimos da premissa de que nem todo direito é justo.

Outros autores, no entanto, inclinam-se a uma opinião contrária, que se adapta melhor às regras gramaticais, segundo as quais, as palavras derivadas, são, sem-

pre, mais extensas do que aquela de que elas provêm.

O que não parece oferecer dúvidas é que, "ius" e "iustitia", têm uma raiz comum, existindo controvérsia grande sobre qual será esta raiz.

Bonfonte diz que "ius" é uma palavra de etimologia obscura. "Ius", não provém de "iustitia", nem de "iussum", palavras estas, geralmente, derivadas de "ius"; nem, também, da raiz "iug" (iungo). Os lingüistas atuais tendem mais a assemelhar este vocábulo e outros semelhantes, como "iurare", à palavra sanscrita "iaus". Mas, esta palavra é encontrada, apenas uma vez, nos Vedas e tem um sentido obscuro de felicidade, saúde. Com características religiosas.

Tomás de Aquino, em sua Teoria da Virtude, diz que a peculiaridade da justiça, consiste em o seu objeto ser o direito e a define fazendo citação ao Corpo Iuris Civiles, nestes termos: " Iustitia este habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit". (Ética Social, Johanner Messner, pág. 412).

Portanto, para os adeptos do Direito natural, a justiça é a virtude determinada pelo princípio jurídico supremo do Sunn Cuique. O Sunn consiste, em cada caso particular, numa pretensão jurídica fundamentada no direito objetivo, correspondendo a essa pretensão o dever da justiça, como virtude subjetiva, que se faz observada numa ação ou numa omissão. Daí se dizer que a justiça se baseia no direito, e não, o direito na justiça.

Em primeiro lugar, estão os direitos; e a conduta que se harmoniza com os direitos de outros é que constitui a virtude da justiça.

Por esse motivo, a justiça não se pode fundamentar na mera consciência jurídica, nem num simples sentimento jurídico, ou num mero sentido de justiça, nem, tampou-

co, na experiência da sua utilidade ou no sentido do valor. Todas as tentativas que foram feitas para encontrar, dessa maneira, um fundamento da pretensão jurídica, ficaram no meio do caminho, sem atingir o seu fim.

3. O que é a justiça?

Na problemática de saber o que é justiça, em Kelsen, nós encontramos a seguinte assertiva: "Não sei e não posso dizer o que é a Justiça, a Justiça absoluta. Tenho que me contentar com uma Justiça relativa. E só posso dizer o que, para mim, é Justiça". (Johanner Messner, in "Ética Social", pág. 413, citando Kelsen, in "Was ist Gerechtigkeit", pág. 40 e seg.). É fundamenta o que diz, esclarecendo que: "A razão humana só pode compreender valores relativos". "A Justiça absoluta", diz, ainda, Kelsen, "é uma idéia irracional. Sob o ponto de vista do conhecimento racional, não há, senão, interesses e conflitos de interesses. E para resolvê-los, temos, apenas, dois caminhos: satisfazer um interesse à custa de outro ou estabelecer um compromisso entre ambos. Demonstrar que, somente uma solução é justa e não a outra, é impossível! O princípio moral que serve de base a uma teoria relativista do valor, ou que dela pode ser inferido é o princípio da tolerância... Já se vê que, de uma concepção relativista do mundo, não resulta o direito à tolerância absoluta; a única tolerância a considerar é a que se enquadra dentro de uma ordem jurídica positiva, que garanta a paz entre os que estão sujeitos ao Direito, proibindo-lhes o uso da força, mas, não a manifestação pacífica das suas opiniões". (Johanner Messner, in "Ética Social", pág. 413 e 414, citando Kelsen in, "Was ist Gerechtigkeit, pág. 40 e seg).

Kelsen se contradiz nesta exposição, à sua afirmação de que só existe um conceito de justiça relativo, porque no exposto anteriormente, vislumbra-se a formulação de um princípio absoluto de justiça. O que ocorre é que o princípio formulado não tem fundamentação real, derivado, essencialmente, de outro princípio que, por sua vez, é, também, absoluto- e sem fundamentação- o princípio de que a ordem jurídica tem de assegurar a paz entre os que estão submetidos ao direito.

Perguntando acerca do conteúdo da justiça, Del Vecchio chega à conclusão de que o cerne formal da justiça é uma exigência absoluta, formulada pela consciência transubjetiva. Esta seria uma forma de consciência, sobre cuja base o sujeito percebe o outro de forma objetiva, apercebendo-se de que faz parte de uma ordem de relações com os demais. A essência desta ordem de relações vem a ser, de acordo com a pura razão, um reconhecimento total da peculiaridade que, como personalidade, está presente tanto em si mesma como nos outros, com a mesma natureza, atingindo, também, todas as relações recíprocas imagináveis entre os diversos sujeitos. Justamente deste conteúdo ideal, provêm as exigências concretas da justiça, na forma em que, ininterruptamente, surgem na nossa consciência.

Na verdade, Del Vecchio, em vez de fazer uma dedução filosófica dos direitos concretos e das liberdades, diz que as concretas exigências da justiça... brotam da nossa consciência. No conceito de justiça de Del Vecchio não está incluído o social na sua peculiaridade e autonomia, efetivamente; isto é assim, porque quer fundamentá-lo, unicamente, na idéia de personalidade e, conseqüentemente, na natureza individual do homem.

Necessário se observar que os direitos concretos e as exigências da justiça baseiam-se nos aspectos indivi-

dual e social da natureza humana; e é a partir daí que chegamos ao conceito de justiça, segundo o qual esta representa, em cada caso, uma forma de conduta, referindo a um *Suum* concreto.

Carl Schmitt, estudando a questão fundamental de toda a Filosofia do Direito, a questão do que vem a ser verdadeiro direito e, paralelamente, a justiça, diz que a resposta compete à ciência Jurídica, como guardiã das fontes do direito. O que se observa aqui, é que a idéia determinante é a de que, nas fontes históricas do direito, se manifesta a consciência jurídica social. Cumpre buscar nela o critério objetivo do verdadeiro direito. Lembra Schmitt a idéia fundamental de Hegel, na Filosofia do Direito e do Estado; idéia esta, segundo o qual, o direito tem de se tornar costume, usos, o Estado deve ter uma organização racional, só esta podendo converter em vontade realmente jurídica a vontade dos indivíduos. Savigny, também, reconheceu que a lei é, simplesmente, uma das muitas maneiras do direito das ordens concretas se manifestar.

Todo o dever de justiça traz em si mesmo uma certa extensão. Esta extensão é fornecida por uma pretensão jurídica determinada, que se faz necessária satisfazer; o que não acontece nas outras virtudes que carecem de tal extensão.

4. Classificação da justiça

A justiça impõe deveres, quer a uma comunidade, quer a indivíduos ou grupos particulares. É baseado nisto, que a justiça pode ser classificada em justiça do bem comum e justiça particular.

O objeto da justiça do bem comum é o bem comum

dos diferentes tipos da comunidade. Daí que esta espécie de justiça se classifica, de acordo com as diferentes formas de comunidade.

Desta maneira, temos: A Justiça Global, cujo objeto é constituído pelo bem comum de toda a sociedade, ou seja, do Estado, dependendo, por isso, do direito legal; a Justiça Social, cujo objeto é constituído pelo bem comum da sociedade (o que não é o mesmo que Estado) nos grupos e classes que, dentro dela, contribuem para a economia social, e que dependem da distribuição do produto social; a Justiça Internacional, cujo objeto é o bem-comum da comunidade das nações e que depende da conduta mútua das nações entre si.

Obviamente, existem outras formas de bem-comum, primordialmente o da família e outros diferentes grupos sociais. E, em decorrência disto, é possível uma classificação mais ampla de justiça. Poderia se falar, por exemplo, de uma Justiça Doméstica, abrangendo o círculo familiar; também, se poderia falar na possibilidade de uma Justiça Política, considerada como espécie da justiça do bem comum.

A Justiça Particular divide-se em:

- Justiça Distributiva - cujo objeto é o bem particular como parte do bem comum. Isto é, a pretensão que as pessoas individuais ou os grupos sociais da comunidade possuem, de que se realize uma distribuição justa dos ônus, ajudas e privilégios.

- A Justiça Comutativa de troca e equivalência - cujo objeto é uma pretensão jurídica que constitui um *Suum* determinado e que se cumpre de acordo com o princípio da equivalência. Este *Suum* consiste no direito à vida, à liberdade, à honra. E, exatamente, porque diz respeito, sobretudo, às pretensões nascidas na economia do tráfico

entre os cidadãos, esta espécie de justiça chama-se Comutativa ou Justiça de Permuta. Não há classificação alguma de justiça que possa abranger a realidade social em toda sua totalidade, em todas as suas relações e, acima de tudo, na complexidade atual de que elas se revestem.

A vantagem desta classificação é que ela possibilita a separação clara, entre a Justiça Natural - cujas obrigações se fundamenta, de imediato, no Direito Natural, e a Justiça Legal, cujas obrigações são baseadas, de imediato, no Direito Positivo.

Na Justiça Legal estão inseridos, em primeiro lugar, todos os deveres, cujo suprimento constitui exigência do bem comum, imposto pelo Direito Positivo. Estes deveres são de dois tipos: deveres do legislador de criar as leis necessárias ao bem comum e deveres dos cidadãos de cumprirem essas leis.

No Estado hodierno, as leis são elaboradas pelos parlamentos. Portanto, têm estes todos os deveres impostos pela Justiça Legal. Desta maneira, nas democracias parlamentares, os partidos têm por obrigação pensar, em primeiro lugar, nos interesses do bem comum, e só depois, secundariamente, nos interesses partidários.

A segunda esfera de deveres referidos compreende a obediência cívica (política) dos cidadãos ao Estado, que é, por si só, uma obrigação de Justiça Legal. Por outro lado, é, também, em decorrência da Justiça Legal, que os Estados estão obrigados, como membros da comunidade das nações, a cumprir as leis ditadas por uma autoridade internacional.

A Justiça Social, pela própria origem do termo, refere-se ao bem-estar econômico e social da sociedade, considerada como comunidade de trabalho e de ordem econômico-social do povo de certo Estado.

Realmente, a economia nacional constitui uma comunidade de trabalho porque, em decorrência da divisão do trabalho, torna-se uma cooperação econômico-social, de maneira que os membros das diferentes classes e grupos dependem todos uns dos outros, no trabalho por eles realizado para proverem à sua subsistência. Desta forma, o bem comum desta comunidade de trabalho exige que se distribua a todos os grupos e respectivos membros o quinhão que lhes cabe nos frutos da sua cooperação, atentas às prestações que efetivarem. A distribuição destes quinhões assume a forma de preços, salários, juros e rendas da terra, rendimento do capital e de seguros sociais e privados. É, exatamente, em decorrência da cooperação social e econômica e da distribuição dos frutos que ela implica, que surgem as obrigações da Justiça Natural, diferentemente do que ocorre com as da Justiça Legal.

Obrigados pela Justiça Social, estão, sobretudo, os grupos sociais. Nas negociações e acordos em que eles têm que conceder-se, mutuamente, a parte que lhes cabe no produto da sua cooperação econômica e social.

Logicamente, a Justiça Social obriga os patrões e operários, no transcorrer das negociações sobre os convênios coletivos. Entretanto, não se restringe a reclamar uma distribuição justa do produto social; obriga, também, a realizar as prestações necessárias ao bem comum, à sua consolidação e desenvolvimento e ao progresso social e econômico. As obrigações da Justiça Social abrangem, também, a vontade e a cooperação dos grupos sociais na criação das instituições sociais, necessárias ao melhor cumprimento possível das exigências e prestações a que têm direito.

Uma vez concluído um convênio coletivo de trabalho, o cumprimento das suas cláusulas constitui, para

ambas as partes, uma obrigação de Justiça Comutativa, que inclui o dever de reconstituição.

No movimento social, que remonta a meados do século XIX, quando se fazia referência à Justiça Social, empenhada na luta pela reforma do sistema social, estava-se refletindo, antes de mais nada, dentro da própria doutrina jusnaturalista, as obrigações de Justiça Natural postas aos grupos sociais. Entretanto, acrescentam, a obrigação do Estado em relação à política social é, logicamente, uma obrigação de Justiça Distributiva.

Além disso, numa época em que a intervenção estatal vai se tornando mais acentuada, a equiparação da Justiça Social à Justiça Legal pode trazer consequências perniciosas, levando a falsas concepções, no que se refere à missão do estado no domínio social. Pode levar a supor, por exemplo, que a Justiça Social é, sobretudo, uma função do estado, quando, verdadeiramente, é, essencialmente, uma tarefa dos grupos que participam no processo econômico - social da "sociedade", não do Estado.

A Justiça Distributiva é que obriga ao cumprimento da igualdade proporcional, exigida pelo bem-comum na distribuição de ônus e privilégios. Enquanto que, a Justiça Legal dirige o poder de ordenação social ao bem do todo social, a Justiça Distributiva encaminha-o ao bem dos membros da sociedade.

Concretamente, a Justiça Distributiva, encaminha a atuação do soberano, dos órgãos legislativos, administrativos e executivos; sendo que, quando determina a medida da pena na administração da justiça, chama-se Justiça Penal.

Um dos deveres impostos pela Justiça Distributiva é o de evitar ou eliminar privilégios: ou seja, vantagens dadas a uma parte da comunidade em prejuízo de outras,

que uma prestação correspondente não justifique. É, ainda, de seu domínio a construção e efetivação de uma política social e de instituições sociais, com capacidade de proteger grupos sociais, que por acaso venham a sofrer as consequências de um mau sistema social, bem como as medidas de política econômica que objetivem uma distribuição justa dos rendimentos e da propriedade.

A Justiça Comutativa é a que obriga as pessoas individuais e jurídicas a darem a cada um o que lhe pertence conforme uma medida de estrita igualdade.

Objeto da Justiça Comutativa, podem ser o direito própria pessoa, o direito à prestação de serviços de outrem, o direito a uma coisa ou a uma patente de invenção. O direito aqui analisado, além disto, pode ser o direito de alguém poder possuir algo que já é de sua propriedade (ius in re, que é diferente de posse, porque continua a existir, mesmo quando o proprietário empresta a coisa) pode ser, ainda, o direito que um sujeito possui de transmitir a propriedade de uma coisa sobre a qual tem um direito adquirido (ius in rem) o que não ocorre no primeiro caso, porque, aí, o objeto imediato da pretensão é a própria coisa, não a transmissão da mesma. Entre outros direitos, também em questão, figura o direito à execução ou omissão de uma ação de outra pessoa ou o direito à prestação de serviços.

5. O bem como valor social é igual à justiça

O bem, visto como valor social, é o chamado, propriamente, de "justo", que é "a coexistência harmônica e livre das pessoas, segundo proporção e igualdade", no dizer de Reale. ("Filosofia do Direito", pág. 247).

A justiça é um valor próprio do direito - não entendi-

do como mera relação extrínseca ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas, como a unidade concreta destes atos, de forma a constituírem um bem intersubjetivo, melhor dizendo, o bem comum.

Em obras clássicas de Tomás de Aquino e Aristóteles, a palavra justiça é, frequentemente, entendida no seu sentido subjetivo. O que acontece, também, entre os juristas romanos. Justiça, então, seria uma vontade ou virtude do homem. É nesse sentido que os romanos entendiam a justiça como "constans ac perpetua voluntas".

A justiça era concebida como inclinação, tendência, maneira de querer, como algo que está no homem mesmo, antes de se realizar na sociedade.

Se, entretanto, o homem atua segundo a justiça, obedecendo àquele impulso subjetivo, instaura uma dada ordem social, uma ordenação de conveniência. Também se dá o nome de Justiça ou de Justo, a essa ordenação social por ele objetivada.

6. Como é vista a justiça nos dias atuais?

Hodiernamente, se usa, preferencialmente, o termo justiça no sentido objetivo, isto é, para indicar a ordem social que os atos de justiça projetam ou constituem; motivo pelo qual Reale defende a tese de que, objetivamente "A justiça se reduz à realização do bem comum, ou mais precisamente: é o bem comum "in fieri", como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade" (In Filosofia do Direito, pág.251).

Baseado no exposto, que o justo é a realização do bem comum ou, mais precisamente, que é o bem enquanto fim intersubjetivo de agir, aparecem, de imediato, três grandes posições possíveis:

A primeira é a dos que sustentam que a ordem social justa não é outra coisa senão o resultado da satisfação do bem do indivíduo como indivíduo, é o individualismo.

Na essência do pensamento político e econômico do liberalismo, existe a tese principal, fundamental, de que, se cada ser humano cuidar de seu interesse e de seu bem, cuidará, ipso facto, do interesse e do bem coletivo. Cada indivíduo, realizando seu bem, estaria realizando, por meio de um automático equilíbrio dos egoísmos, o bem social e o bem comum.

Daí a concepção de que o Estado deve ter uma função fundamental e primordial, que se esgotaria, praticamente, na tutela jurídica das liberdades individuais. Cada homem, podendo realizar, totalmente, seu bem, resultaria disto, como consequência inevitável, a felicidade comum. É esta tese a do individualismo social ou jurídico.

Se num determinado país, prevalece este tipo de concepção, tudo será feito no sentido de interpretar a lei com a finalidade de salvaguardar a autonomia do indivíduo e de sua vontade em toda sua plenitude. Ao serem interpretados os códigos, ter-se-á, sempre, o cuidado de preservar o indivíduo contra as interferências do Poder Público, por se aceitar que cada ser humano é o juiz maior e melhor de seus interesses e que, intimamente, cuidando de si mesmo, conseguirá satisfazer às exigências lícitas da coletividade como tal.

Outra concepção é a dos que contestam a possibilidade de uma harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo.

Eles afirmam, contrariamente, que o bem do todo é condição sine qua non da felicidade individual, e que, realmente, devem preponderar, sempre, os valores coletivos, só adquirindo autenticidade e plenitude a existên-

cia humana, quando a serviço do bem social. É o transpersonalismo.

No Estado em que preponderar esta concepção coletivista, que dá ao todo uma completa primazia sobre as partes, a tendência na interpretação das normas jurídicas será, sempre, no sentido da restrição da liberdade em favor da igualdade.

Uma terceira forma de pensar procura superar as duas primeiras, mostrando que, entre os termos indivíduo e sociedade não há nem a harmonia espontânea idealizada pela primeira, nem a inelutável subordinação defendida pela segunda. Afirma que não existe possibilidade de se pensar em uma combinação harmônica e automática dos egoísmos individuais, ao mesmo tempo em que reconhece que, a satisfação daquilo que é do interesse da sociedade, tomada como um todo, nem sempre constitui satisfação para cada indivíduo, que possui algo de irredutível no social.

E uma interpretação da regra jurídica, baseada nesta concepção, levará o intérprete a ter o desejo de estabelecer, em cada caso concreto, aquilo que representa a harmonia possível dos dois fatos.

Esta terceira corrente não estabelece, aprioristicamente, uma tese em sentido de defender o predomínio do indivíduo ou do todo, mas, se situa numa atitude aderente à realidade histórica, para saber, em cada circunstância, na fisionomia de cada caso, o que deve ser colocado e resolvido em harmonia com a ordem social e o bem de cada indivíduo.

O indivíduo deve ceder ao todo, até e enquanto não seja ferido o valor da pessoa, isto é, a plenitude do homem enquanto homem. Porque, toda vez que isto for ultrapassado haverá o arbítrio.

As normas de conduta, verdadeiramente, acarretam um juízo de valor, vez que afirmam que conduta ou condutas devem ser tomadas.

Para o Prof. Cláudio Souto, a justiça está, em sua essência, fundamentada no sentido básico e permanente do dever ser e diz: "Nossa referência a um 'sentido' (ou sentimento, se se refere a linguagem mais concreta) 'básico e permanente do dever ser', quer significar aquilo que é próprio a todo o homem, por abstração científica de seus conhecimentos, quando se pergunta a ele se um conteúdo normativo de uma forma vigente de coercibilidade, deve ser, ou seja se deve ser um dever ser". (In "Introdução ao Direito como Ciência do Social, pág. 87). É óbvio que, dentro da idéia concreta da liberdade humana, o homem pode julgar que um conteúdo normativo não deve ser um "dever ser" e, no entanto, terá de aceitá-lo, contrariando o sentido básico permanente do dever ser.

Se, portanto, a justiça é alguma coisa legada ao conteúdo das normas de conduta, e se, tradicionalmente se atribui à justiça um significado fundamental, por que, então, não conceituá-la como sentido básico permanente do dever ser? "Dizer sentido básico permanente do dever ser é o mesmo que dizer sentido básico permanente do fenômeno normativo", é o que responde o Professor Cláudio Souto em sua Introdução ao Direito como Ciência do Social, na página 89.

A justiça é, verdadeiramente, um sentimento permanente. E concordamos com o Professor Cláudio Souto, quando ele afirma que "Justiça é o sentido básico permanente do dever ser". (Introdução ao Direito como Ciência Social, pág. 90). Necessariamente variável é sim, a idéia de justiça, porque o conhecer humano é profundamente relativo.

7. Conclusão

Há, com o decorrer do tempo, uma evolução cultural no conceito de justiça. No início, aos costumes primitivos homogêneos e indiferenciados, correspondia uma justiça, também, indistinta e difusa; tempos depois, pelo processo de diferenciação, as normas, propriamente jurídicas, das demais se desmembraram, para constituírem ordenação à parte, com características próprias, enquanto, pelo processo correlato de integração, se constituía um poder central, coeso e eficiente que, gradativamente, avocaria a si, com exclusividade, o encargo de velar pelo cumprimento do direito, assegurando a paz, garantindo a ordem e a segurança na sociedade.

As diferentes formas sucessivas de aplicação ou distribuição da justiça são comprovantes desse processo integrativo, culminando, em nossas recentes formações políticas, em que o Estado, constituindo um todo, formalmente distinto dos membros da coletividade, reteve em suas mãos poderosas um sem número de atribuições de caráter social, entre os quais está incluída a exclusividade na distribuição da justiça.

A organização política caminhou paralela às normas de distribuição de justiça, seguiu seu ciclo evolutivo, paralelamente ao do conjunto de normas disciplinadoras da vida social, que só se tornaram, propriamente, normas jurídicas, quando garantidas e impostas pelo poder público eficiente. Fica patente, desta forma, a estreita correlação entre esses fatos: de um lado a normatividade, o direito; do outro, o poder social organizado, a serviço do direito, fenômenos que, se entrelaçam no transcorrer da história, mutuamente dependentes, reciprocamente condicionados.

Bibliografia

- OLIVEIRA FILHO, Benjamim de: "Introdução à Ciência do Direito", 4. ed., José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1967.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco: "Sistema da Ciência Positiva do Direito", Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1922. V. 2.
- PUND, Roscoe: "Justiça conforme a Lei", 2. ed. Ibrasa; Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S.A., tradução de Jacy Monteiro, São Paulo, 1976.
- REALE, Miguel. "Filosofia do Direito", Saraiva, 5. ed. Rev. e Aum., São Paulo, 1969. V. 1.
- REALE, Miguel. "Filosofia do Direito", 5. ed., Rev. e Aum., Saraiva, São Paulo. V. 2.
- ROBIN, Henri: "Sociologia du Droit et de la Justice", Editorio de l' institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles.
- SOUTO, Cláudio e Solange. "Cambio Social y Derecho, una investigacion y Encuesta Básica", in Sociologia y Psicologia Jurídicas, anuário, Barcelona, 1975.
- SOUTO, Cláudio: "INTRODUÇÃO AO DIREITO COMO CIÊNCIA SOCIAL" Editora Universidade de Brasília, Rio de Janeiro, GB, 1971.
- SOUTO, Cláudio: "DA REALIDADE JURÍDICA DEFINITIVA DO DIREITO NATURAL", Tomo I- A Realidade do Direito, Recife, 1958.
- SALDANHA, Nelson Nogueira: "SOCIOLOGIA DO DIREITO", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.
- SANCHEZ DE LA TORRE, Ange: "CURSO DE SOCIOLOGIA DEL DERECHO", Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1965.

SOUTO, Cláudio: "TEORIA SOCIOLOGICA DO DIREITO E PRÁTICA FORENSE", in Pimes- Comunicação, n° 17, Universidade Federal de Pernambuco, 1977.

TREVES, Renato: "INTRODUZIONE ALLA SOCIOLOGIA DEL DIRITTO", Giulio Einaudi Editore, 1977.

TAYLOR, Telford: "TRÊS INTERPRETAÇÕES DE JUSTIÇA", Forense Universitária, Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro, 1975.

DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO - CRÍTICAS

Nelson Saldanha

Professor de Filosofia de Direito da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito do Recife - UFPE; membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambucana de Letras.

SUMÁRIO

A historicidade do direito e dos direitos. Condições correspondentes aos direitos no mundo contemporâneo. Liberdade antiga e liberdade moderna. Secularização e individualismo. As constituições e os direitos.

Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais: estas expressões convergem e divergem, consoam e ressoam todo o tempo na linguagem política e jurídica de pelo menos dois séculos para cá. O Direito Constitucional, a Filosofia do Direito e a Filosofia da política destes mesmos séculos se acham embebidos de referências àquelas expressões; os "direitos fundamentais", aos quais já se atribui um fluxo de gerações, aparecem como um tema realmente fundamental dentro do pensamento juspublicístico.

Poucos se detêm, contudo, sobre o caráter histórico do tema. Alguns nem mesmo se dão conta dele, mesmo aqueles que aceitam (ou até mencionam) o cunho histórico das coisas humanas e das instituições em geral.

Entretanto a historicidade do direito — e portanto, dos direitos —, tal como a das instituições, e mais a da

linguagem e a das crenças (como de certo modo a dos valores), é algo incontestável: mesmo as teorias que tangenciam o problema, ou que o elidem ou o ignoram, geralmente não a negam¹. A historicidade como histórico-culturalidade, e como contextualidade².

Um dos aspectos, com respeito à omissão de certos autores diante do sentido histórico dos direitos, se relaciona ao vínculo entre estes e o Direito Natural, cujo conceito sempre apresentou conotações metafísicas: em princípio, de fato, a idéia de Direito Natural tem correspondido a um ponto de vista supra-empírico. Em suas duas básicas versões, em uma entendido como base mesma do direito (e de seu conhecimento), em outra visto como ordem normativa contraposta (ou contraponível) ao direito chamado positivo, o Direito Natural é concebido como algo distinto da experiência real e da lei positiva³.

Não teve maior seguimento a noção de "religião natural", vinda do iluminismo; já a expressão "economia natural" ficou designando especificamente um modo de produção histórico-socialmente situado. As relações do pensamento jurídico com a teologia e com a filosofia, entretanto, deram à imagem do direito natural uma permanência sempre significativa. Permanência como conceito pretendidamente universal (e "abstrato" no sentido mais comum do termo): universal e meta-histórico.

O desenvolvimento de uma teoria dos valores (à qual retornaremos) trouxe novidades para o equacionamento

DUVERGER, Maurice. *Os Regimes Políticos*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. Difusão Européia do Livro. 2ª ed. SP, 1966, p. 08.

DUVERGER, Maurice. *Op. cit.* p. 09.

RODÉE, Carlton Glymer. *Introdução à Ciência Política I*. Trad. De Marco Aurélio de Moura Matos. Agir. RJ, 1977, p. 117/8.

das relações entre o direito e a ética. A fundamentação ética dos direitos, por sua vez, foi reformulada com a alusão à justiça, entendida já como valor, e à pessoa, tomada por uns como valor, por outros como suporte de todo valor.

Na verdade, a menção ao lado ético da problemática dos direitos não exclui, em absoluto, a referência à historicidade: à dos direitos, como à da ética mesma, e de todas as problemáticas. A alusão à historicidade leva a reconsiderar as relações entre o conceito, que é genérico, e a experiência, que é situada. É mais ou menos o que ocorre quando se pensa em "direito" e "justiça", ou mesmo quando se fala em "constituição" e em "parlamento".

O tema dos direitos, enquanto produto histórico, envolve a influência do cristianismo (embora tenham-se passado séculos e séculos sem que tal influência se manifestasse, nesse ponto), do individualismo moderno e do igualitarismo também moderno: um produto, portanto, de tendências que se encontram dentro da história da cultura ocidental. Salvo antecipações precárias, não encontramos os "direitos" na antiga cultura chinesa nem na egípcia, nem no islamismo nem no mundo greco-romano⁴.

Na história da cultura política moderna (nela incluída a "contemporânea"), um dos marcos mais importantes no que toca ao nosso tema foi a famosa conferência de Benjamin Constant, proferida em 1819, sobre a liberdade antiga e a moderna. Para Constant, a "representação" política no sentido moderno era desconhecida dos povos

4 Apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Fundação Getúlio Vargas. RJ, 1968, p. 10.

antigos (mesmo dos livres). Para os modernos, a liberdade consiste no "direito de não estar submetido senão às leis"; para os antigos, consistia em exercer direta e coletivamente algumas porções da soberania, ficando cada um, contudo, inteiramente submisso à autoridade do todo. A vida privada dos indivíduos também não era livre, como não o era a vida religiosa⁵.

Com o trabalho de Benjamin Constant, e com os debates surgidos após ele, prosperou o reexame das diferenças entre a experiência da liberdade (e da condição de cidadão) na "antigüidade" greco-romana e na "modernidade" ocidental⁶.

A regra geral entre os povos do Oriente antigo — quanto aos do Ocidente pré-cristão o problema seria outro — foi ao que parece a incomovível primazia da comunidade sobre o indivíduo: egípcios, babilônios, persas (apesar de certas teorias recentes que dão um "desconto" nisto) viveram o peso estrutural do sistema social e da ordem política, com uma estratificação sempre rígida. Entre os gregos a cidade predominou sobre os cidadãos, sem embargo do conceito de polites, como entre os romanos o de cives; e sem embargo do conceito de liberdade (eleutheria, libertas), que de fato não tinha o sentido de imanência individual que adquiriu no Ocidente mais ou menos no século XVII⁷. O surgimento do chamado (e às vezes questionável) individualismo moderno pressupôs diversas etapas e diferentes elementos: um tanto o cristianismo acentuando em cada um a vida e a fé como algo distinto das coisas "de Cesar", um tanto a Reforma

5 BENES, Edvard. *Democracia de Hoje e de Amanhã*. Trad. de Jiri Reiszman. Ed. Colvino RJ, 1945, p. 18.

6 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Ed. Brasiliense. 5ª ed. SP, 1994, p. 12.

7 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 15.

dos diferentes tipos da comunidade. Daí que esta espécie de justiça se classifica, de acordo com as diferentes formas de comunidade.

Desta maneira, temos: A Justiça Global, cujo objeto é constituído pelo bem comum de toda a sociedade, ou seja, do Estado, dependendo, por isso, do direito legal; a Justiça Social, cujo objeto é constituído pelo bem comum da sociedade (o que não é o mesmo que Estado) nos grupos e classes que, dentro dela, contribuem para a economia social, e que dependem da distribuição do produto social; a Justiça Internacional, cujo objeto é o bem-comum da comunidade das nações e que depende da conduta mútua das nações entre si.

Obviamente, existem outras formas de bem-comum, primordialmente o da família e outros diferentes grupos sociais. E, em decorrência disto, é possível uma classificação mais ampla de justiça. Poderia se falar, por exemplo, de uma Justiça Doméstica, abrangendo o círculo familiar; também, se poderia falar na possibilidade de uma Justiça Política, considerada como espécie da justiça do bem comum.

A Justiça Particular divide-se em:

- Justiça Distributiva - cujo objeto é o bem particular como parte do bem comum. Isto é, a pretensão que as pessoas individuais ou os grupos sociais da comunidade possuem, de que se realize uma distribuição justa dos ônus, ajudas e privilégios.

- A Justiça Comutativa de troca e equivalência - cujo objeto é uma pretensão jurídica que constitui um *Suum* determinado e que se cumpre de acordo com o princípio da equivalência. Este *Suum* consiste no direito à vida, à liberdade, à honra. E, exatamente, porque diz respeito, sobretudo, às pretensões nascidas na economia do tráfico

entre os cidadãos, esta espécie de justiça chama-se Comutativa ou Justiça de Permuta. Não há classificação alguma de justiça que possa abranger a realidade social em toda sua totalidade, em todas as suas relações e, acima de tudo, na complexidade atual de que elas se revestem.

A vantagem desta classificação é que ela possibilita a separação clara, entre a Justiça Natural - cujas obrigações se fundamenta, de imediato, no Direito Natural, e a Justiça Legal, cujas obrigações são baseadas, de imediato, no Direito Positivo.

Na Justiça Legal estão inseridos, em primeiro lugar, todos os deveres, cujo suprimento constitui exigência do bem comum, imposto pelo Direito Positivo. Estes deveres são de dois tipos: deveres do legislador de criar as leis necessárias ao bem comum e deveres dos cidadãos de cumprirem essas leis.

No Estado hodierno, as leis são elaboradas pelos parlamentos. Portanto, têm estes todos os deveres impostos pela Justiça Legal. Desta maneira, nas democracias parlamentares, os partidos têm por obrigação pensar, em primeiro lugar, nos interesses do bem comum, e só depois, secundariamente, nos interesses partidários.

A segunda esfera de deveres referidos compreende a obediência cívica (política) dos cidadãos ao Estado, que é, por si só, uma obrigação de Justiça Legal. Por outro lado, é, também, em decorrência da Justiça Legal, que os Estados estão obrigados, como membros da comunidade das nações, a cumprir as leis ditadas por uma autoridade internacional.

A Justiça Social, pela própria origem do termo, refere-se ao bem-estar econômico e social da sociedade, considerada como comunidade de trabalho e de ordem econômico-social do povo de certo Estado.

Realmente, a economia nacional constitui uma comunidade de trabalho porque, em decorrência da divisão do trabalho, torna-se uma cooperação econômico-social, de maneira que os membros das diferentes classes e grupos dependem todos uns dos outros, no trabalho por eles realizado para proverem à sua subsistência. Desta forma, o bem comum desta comunidade de trabalho exige que se distribua a todos os grupos e respectivos membros o quinhão que lhes cabe nos frutos da sua cooperação, atentas às prestações que efetivarem. A distribuição destes quinhões assume a forma de preços, salários, juros e rendas da terra, rendimento do capital e de seguros sociais e privados. É, exatamente, em decorrência da cooperação social e econômica e da distribuição dos frutos que ela implica, que surgem as obrigações da Justiça Natural, diferentemente do que ocorre com as da Justiça Legal.

Obrigados pela Justiça Social, estão, sobretudo, os grupos sociais. Nas negociações e acordos em que eles têm que conceder-se, mutuamente, a parte que lhes cabe no produto da sua cooperação econômica e social.

Logicamente, a Justiça Social obriga os patrões e operários, no transcorrer das negociações sobre os convênios coletivos. Entretanto, não se restringe a reclamar uma distribuição justa do produto social; obriga, também, a realizar as prestações necessárias ao bem comum, à sua consolidação e desenvolvimento e ao progresso social e econômico. As obrigações da Justiça Social abrangem, também, a vontade e a cooperação dos grupos sociais na criação das instituições sociais, necessárias ao melhor cumprimento possível das exigências e prestações a que têm direito.

Uma vez concluído um convênio coletivo de trabalho, o cumprimento das suas cláusulas constitui, para

ambas as partes, uma obrigação de Justiça Comutativa, que inclui o dever de reconstituição.

No movimento social, que remonta a meados do século XIX, quando se fazia referência à Justiça Social, empenhada na luta pela reforma do sistema social, estava-se refletindo, antes de mais nada, dentro da própria doutrina jusnaturalista, as obrigações de Justiça Natural postas aos grupos sociais. Entretanto, acrescentam, a obrigação do Estado em relação à política social é, logicamente, uma obrigação de Justiça Distributiva.

Além disso, numa época em que a intervenção estatal vai se tornando mais acentuada, a equiparação da Justiça Social à Justiça Legal pode trazer consigo consequências perniciosas, levando a falsas concepções, no que se refere à missão do estado no domínio social. Pode levar a supor, por exemplo, que a Justiça Social é, sobretudo, uma função do estado, quando, verdadeiramente, é, essencialmente, uma tarefa dos grupos que participam no processo econômico - social da "sociedade", não do Estado.

A Justiça Distributiva é que obriga ao cumprimento da igualdade proporcional, exigida pelo bem-comum na distribuição de ônus e privilégios. Enquanto que, a Justiça Legal dirige o poder de ordenação social ao bem do todo social, a Justiça Distributiva encaminha-o ao bem dos membros da sociedade.

Concretamente, a Justiça Distributiva, encaminha a atuação do soberano, dos órgãos legislativos, administrativos e executivos; sendo que, quando determina a medida da pena na administração da justiça, chama-se Justiça Penal.

Um dos deveres impostos pela Justiça Distributiva é o de evitar ou eliminar privilégios: ou seja, vantagens dadas a uma parte da comunidade em prejuízo de outras,

que uma prestação correspondente não justifique. É, ainda, de seu domínio a construção e efetivação de uma política social e de instituições sociais, com capacidade de proteger grupos sociais, que por acaso venham a sofrer as consequências de um mau sistema social, bem como, as medidas de política econômica que objetivem uma distribuição justa dos rendimentos e da propriedade.

A Justiça Comutativa é a que obriga as pessoas individuais e jurídicas a darem a cada um o que lhe pertence, conforme uma medida de estrita igualdade.

Objeto da Justiça Comutativa, podem ser o direito à própria pessoa, o direito à prestação de serviços de outrem, o direito a uma coisa ou a uma patente de invenção. O direito aqui analisado, além disto, pode ser o direito de alguém poder possuir algo que já é de sua propriedade (*ius in re*, que é diferente de posse, porque continua a existir, mesmo quando o proprietário empresta a coisa); pode ser, ainda, o direito que um sujeito possui de transmitir a propriedade de uma coisa sobre a qual tem um direito adquirido (*ius in rem*) o que não ocorre no primeiro caso, porque, aí, o objeto imediato da pretensão é a própria coisa, não a transmissão da mesma. Entre outros direitos, também em questão, figura o direito à execução ou omissão de uma ação de outra pessoa ou o direito à prestação de serviços.

5. O bem como valor social é igual à justiça

O bem, visto como valor social, é o chamado, propriamente, de "justo", que é "a coexistência harmônica e livre das pessoas, segundo proporção e igualdade", no dizer de Reale. ("Filosofia do Direito", pág. 247).

A justiça é um valor próprio do direito - não entendi-

do como mera relação extrínseca ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas, como a unidade concreta destes atos, de forma a constituírem um bem intersubjetivo, melhor dizendo, o bem comum.

Em obras clássicas de Tomás de Aquino e Aristóteles, a palavra justiça é, frequentemente, entendida no seu sentido subjetivo. O que acontece, também, entre os juristas romanos. Justiça, então, seria uma vontade ou virtude do homem. É nesse sentido que os romanos entendiam a justiça como "constans ac perpetua voluntas".

A justiça era concebida como inclinação, tendência, maneira de querer, como algo que está no homem mesmo, antes de se realizar na sociedade.

Se, entretanto, o homem atua segundo a justiça, obedecendo àquele impulso subjetivo, instaura uma dada ordem social, uma ordenação de conveniência. Também se dá o nome de Justiça ou de Justo, a essa ordenação social por ele objetivada.

6. Como é vista a justiça nos dias atuais?

Hodiernamente, se usa, preferencialmente, o termo justiça no sentido objetivo, isto é, para indicar a ordem social que os atos de justiça projetam ou constituem; motivo pelo qual Reale defende a tese de que, objetivamente "A justiça se reduz à realização do bem comum, ou mais precisamente: é o bem comum "in fieri", como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade" (In Filosofia do Direito, pág. 251).

Baseado no exposto, que o justo é a realização do bem comum ou, mais precisamente, que é o bem enquanto fim intersubjetivo de agir, aparecem, de imediato, três grandes posições possíveis:

A primeira é a dos que sustentam que a ordem social justa não é outra coisa senão o resultado da satisfação do bem do indivíduo como indivíduo, é o individualismo.

Na essência do pensamento político e econômico do liberalismo, existe a tese principal, fundamental, de que, se cada ser humano cuidar de seu interesse e de seu bem, cuidará, ipso facto, do interesse e do bem coletivo. Cada indivíduo, realizando seu bem, estaria realizando, por meio de um automático equilíbrio dos egoísmos, o bem social e o bem comum.

Dá a concepção de que o Estado deve ter uma função fundamental e primordial, que se esgotaria, praticamente, na tutela jurídica das liberdades individuais. Cada homem, podendo realizar, totalmente, seu bem, resultaria disto, como consequência inevitável, a felicidade comum. É esta tese a do individualismo social ou jurídico.

Se num determinado país, prevalece este tipo de concepção, tudo será feito no sentido de interpretar a lei com a finalidade de salvaguardar a autonomia do indivíduo e de sua vontade em toda sua plenitude. Ao serem interpretados os códigos, ter-se-á, sempre, o cuidado de preservar o indivíduo contra as interferências do Poder Público, por se aceitar que cada ser humano é o juiz maior e melhor de seus interesses e que, intimamente, cuidando de si mesmo, conseguirá satisfazer às exigências lícitas da coletividade como tal.

Outra concepção é a dos que contestam a possibilidade de uma harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo.

Eles afirmam, contrariamente, que o bem do todo é condição sine qua non da felicidade individual, e que, realmente, devem preponderar, sempre, os valores coletivos, só adquirindo autenticidade e plenitude a existên-

cia humana, quando a serviço do bem social. É o transpersonalismo.

No Estado em que preponderar esta concepção coletivista, que dá ao todo uma completa primazia sobre as partes, a tendência na interpretação das normas jurídicas será, sempre, no sentido da restrição da liberdade em favor da igualdade.

Uma terceira forma de pensar procura superar as duas primeiras, mostrando que, entre os termos indivíduo e sociedade não há nem a harmonia espontânea idealizada pela primeira, nem a inelutável subordinação defendida pela segunda. Afirma que não existe possibilidade de se pensar em uma combinação harmônica e automática dos egoísmos individuais, ao mesmo tempo em que reconhece que, a satisfação daquilo que é do interesse da sociedade, tomada como um todo, nem sempre constitui satisfação para cada indivíduo, que possui algo de irredutível no social.

E uma interpretação da regra jurídica, baseada nesta concepção, levará o intérprete a ter o desejo de estabelecer, em cada caso concreto, aquilo que representa a harmonia possível dos dois fatos.

Esta terceira corrente não estabelece, aprioristicamente, uma tese em sentido de defender o predomínio do indivíduo ou do todo, mas, se situa numa atitude aderente à realidade histórica, para saber, em cada circunstância, na fisionomia de cada caso, o que deve ser colocado e resolvido em harmonia com a ordem social e o bem de cada indivíduo.

O indivíduo deve ceder ao todo, até e enquanto não seja ferido o valor da pessoa, isto é, a plenitude do homem enquanto homem. Porque, toda vez que isto for ultrapassado haverá o arbítrio.

As normas de conduta, verdadeiramente, acarretam um juízo de valor, vez que afirmam que conduta ou condutas devem ser tomadas.

Para o Prof. Cláudio Souto, a justiça está, em sua essência, fundamentada no sentido básico e permanente do dever ser e diz: "Nossa referência a um 'sentido' (ou sentimento, se se refere a linguagem mais concreta) 'básico e permanente do dever ser', quer significar aquilo que é próprio a todo o homem, por abstração científica de seus conhecimentos, quando se pergunta a ele se um conteúdo normativo de uma forma vigente de coercibilidade, deve ser, ou seja se deve ser um dever ser". (In "Introdução ao Direito como Ciência do Social, pág. 87). É óbvio que dentro da idéia concreta da liberdade humana, o homem pode julgar que um conteúdo normativo não deve ser um "dever ser" e, no entanto, terá de aceitá-lo, contrariando o sentido básico permanente do dever ser.

Se, portanto, a justiça é alguma coisa legada ao conteúdo das normas de conduta, e se, tradicionalmente se atribui à justiça um significado fundamental, por que então, não conceituá-la como sentido básico permanente do dever ser? "Dizer sentido básico permanente do dever ser é o mesmo que dizer sentido básico permanente do fenômeno normativo", é o que responde o Professor Cláudio Souto em sua Introdução ao Direito como Ciência do Social, na página 89.

A justiça é, verdadeiramente, um sentimento permanente. E concordamos com o Professor Cláudio Souto quando ele afirma que "Justiça é o sentido básico permanente do dever ser". (Introdução ao Direito como Ciência do Social, pág. 90). Necessariamente variável é sim, a idéia de justiça, porque o conhecer humano é profundamente relativo.

7. Conclusão

Há, com o decorrer do tempo, uma evolução cultural no conceito de justiça. No início, aos costumes primitivos homogêneos e indiferenciados, correspondia uma justiça, também, indistinta e difusa; tempos depois, pelo processo de diferenciação, as normas, propriamente jurídicas, das demais se desmembraram, para constituírem ordenação à parte, com características próprias, enquanto, pelo processo correlato de integração, se constituía um poder central, coeso e eficiente que, gradativamente, avocaria a si, com exclusividade, o encargo de velar pelo cumprimento do direito, assegurando a paz, garantindo a ordem e a segurança na sociedade.

As diferentes formas sucessivas de aplicação ou distribuição da justiça são comprovantes desse processo integrativo, culminando, em nossas recentes formações políticas, em que o Estado, constituindo um todo, formalmente distinto dos membros da coletividade, reteve em suas mãos poderosas um sem número de atribuições de caráter social, entre os quais está incluída a exclusividade na distribuição da justiça.

A organização política caminhou paralela às normas de distribuição de justiça, seguiu seu ciclo evolutivo, paralelamente ao do conjunto de normas disciplinadoras da vida social, que só se tornaram, propriamente, normas jurídicas, quando garantidas e impostas pelo poder público eficiente. Fica patente, desta forma, a estreita correlação entre esses fatos: de um lado a normatividade, o direito; do outro, o poder social organizado, a serviço do direito, fenômenos que, se entrelaçam no transcorrer da história, mutuamente dependentes, reciprocamente condicionados.

Bibliografia

- OLIVEIRA FILHO, Benjamim de: "*Introdução à Ciência do Direito*", 4. ed., José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1967.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco: "*Sistema da Ciência Positiva do Direito*", Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1922. V. 2.
- PUND, Roscoe: "*Justiça conforme a Lei*", 2. ed, Ibrasa: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural S.A., tradução de Jacy Monteiro, São Paulo, 1976.
- REALE, Miguel. "*Filosofia do Direito*", Saraiva, 5. ed. Rev. e Aum., São Paulo, 1969. V. 1.
- REALE, Miguel. "*Filosofia do Direito*", 5. ed., Rev. e Aum., Saraiva, São Paulo, V. 2.
- ROBIN, Henri: "*Sociologia du Droit et de la Justiça*", Editorio de l' institut de Sociologie, Université Libre de Bruxeles.
- SOUTO, Cláudio e Solange. "*Cambio Social y Derecho, una investigacion y Encuesta Básica*", in Sociologia y Psicologia Jurídicas, anuário, Barcelona, 1975.
- SOUTO, Cláudio: "*INTRODUÇÃO AO DIREITO COMO CIÊNCIA SOCIAL*" Editora Universidade de Brasília, Rio de Janeiro, GB, 1971.
- SOUTO, Cláudio: "*DA REALIDADE JURÍDICA DEFINITIVA DO DIREITO NATURAL*", Tomo I- A Realidade do Direito, Recife, 1958.
- SALDANHA, Nelson Nogueira: "*SOCIOLOGIA DO DIREITO*", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.
- SANCHEZ DE LA TORRE, Ange: "*CURSO DE SOCIOLOGIA DEL DERECHO*", Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1965.

SOUTO, Cláudio: "TEORIA SOCIOLOGICA DO DIREITO E PRÁTICA FORENSE", in Pimes- Comunicação, n° 17, Universidade Federal de Pernambuco, 1977.

TREVES, Renato: "INTRODUZIONE ALLA SOCIOLOGIA DEL DIRITTO", Giulio Einaudi Editore, 1977.

TAYLOR, Telford: "TRÊS INTERPRETAÇÕES DE JUSTIÇA", Forense Universitária, Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro, 1975.

DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO - CRÍTICAS

Nelson Saldanha

Professor de Filosofia de Direito da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMape e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito do Recife - UFPE; membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambucana de Letras.

SUMÁRIO

A historicidade do direito e dos direitos. Condições correspondentes aos direitos no mundo contemporâneo. Liberdade antiga e liberdade moderna. Secularização e individualismo. As constituições e os direitos.

Direitos do Homem, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais: estas expressões convergem e divergem, consoam e ressoam todo o tempo na linguagem política e jurídica de pelo menos dois séculos para cá. O Direito Constitucional, a Filosofia do Direito e a Filosofia da política destes mesmos séculos se acham embebidos de referências àquelas expressões; os "direitos fundamentais", aos quais já se atribui um fluxo de gerações, aparecem como um tema realmente fundamental dentro do pensamento juspublicístico.

Poucos se detêm, contudo, sobre o caráter histórico do tema. Alguns nem mesmo se dão conta dele, mesmo aqueles que aceitam (ou até mencionam) o cunho histórico das coisas humanas e das instituições em geral.

Entretanto a historicidade do direito — e portanto, dos direitos —, tal como a das instituições, e mais a da

linguagem e a das crenças (como de certo modo a dos valores), é algo incontestável: mesmo as teorias que tangenciam o problema, ou que o elidem ou o ignoram, geralmente não a negam¹. A historicidade como histórico-culturalidade, e como contextualidade².

Um dos aspectos, com respeito à omissão de certos autores diante do sentido histórico dos direitos, se relaciona ao vínculo entre estes e o Direito Natural, cujo conceito sempre apresentou conotações metafísicas: em princípio, de fato, a idéia de Direito Natural tem correspondido a um ponto de vista supra-empírico. Em suas duas básicas versões, em uma entendido como base mesma do direito (e de seu conhecimento), em outra visto como ordem normativa contraposta (ou contraponível) ao direito chamado positivo, o Direito Natural é concebido como algo distinto da experiência real e da lei positiva³.

Não teve maior seguimento a noção de "religião natural", vinda do iluminismo; já a expressão "economia natural" ficou designando especificamente um modo de produção histórico-socialmente situado. As relações do pensamento jurídico com a teologia e com a filosofia, entretanto, deram à imagem do direito natural uma permanência sempre significativa. Permanência como conceito pretendidamente universal (e "abstrato" no sentido mais comum do termo): universal e meta-histórico.

O desenvolvimento de uma teoria dos valores (à qual retornaremos) trouxe novidades para o equacionamento

¹ DUVERGER, Maurice. *Os Regimes Políticos*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. Difusão Européia do Livro. 2ª ed. SP, 1966, p.08.

² DUVERGER, Maurice. *Op. cit.* p. 09.

³ RODEE, Carlton Olymer. *Introdução à Ciência Política I*. Trad. De Marco Aurelio de Moura Matos. Agir: RJ, 1977, p.117/8.

das relações entre o direito e a ética. A fundamentação ética dos direitos, por sua vez, foi reformulada com a alusão à justiça, entendida já como valor, e à pessoa, tomada por uns como valor, por outros como suporte de todo valor.

Na verdade, a menção ao lado ético da problemática dos direitos não exclui, em absoluto, a referência à historicidade: à dos direitos, como à da ética mesma, e de todas as problemáticas. A alusão à historicidade leva a reconsiderar as relações entre o conceito, que é genérico, e a experiência, que é situada. É mais ou menos o que ocorre quando se pensa em "direito" e "justiça", ou mesmo quando se fala em "constituição" e em "parlamento".

O tema dos direitos, enquanto produto histórico, envolve a influência do cristianismo (embora tenham-se passado séculos e séculos sem que tal influência se manifestasse, nesse ponto), do individualismo moderno e do igualitarismo também moderno: um produto, portanto, de tendências que se encontram dentro da história da cultura ocidental. Salvo antecipações precárias, não encontramos os "direitos" na antiga cultura chinesa nem na egípcia, nem no islamismo nem no mundo greco-romano⁴.

Na história da cultura política moderna (nela incluída a "contemporânea"), um dos marcos mais importantes no que toca ao nosso tema foi a famosa conferência de Benjamin Constant, proferida em 1819, sobre a liberdade antiga e a moderna. Para Constant, a "representação" política no sentido moderno era desconhecida dos povos

⁴ Apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Fundação Getúlio Vargas, RJ, 1968, p.10.

antigos (mesmo dos livres). Para os modernos, a liberdade consiste no "direito de não estar submetido senão às leis"; para os antigos, consistia em exercer direta e coletivamente algumas porções da soberania, ficando cada um, contudo, inteiramente submisso à autoridade do todo. A vida privada dos indivíduos também não era livre, como não o era a vida religiosa⁵.

Com o trabalho de Benjamin Constant, e com os debates surgidos após ele, prosperou o reexame das diferenças entre a experiência da liberdade (e da condição de cidadão) na "antiguidade" greco-romana e na "modernidade" ocidental⁶.

A regra geral entre os povos do Oriente antigo — quanto aos do Ocidente pré-cristão o problema seria outro — foi ao que parece a incomovível primazia da comunidade sobre o indivíduo: egípcios, babilônios, persas (apesar de certas teorias recentes que dão um "desconto" nisto) viveram o peso estrutural do sistema social e da ordem política, com uma estratificação sempre rígida. Entre os gregos a cidade predominou sobre os cidadãos, sem embargo do conceito de polites, como entre os romanos o de cives; e sem embargo do conceito de liberdade (eleutheria, libertas), que de fato não tinha o sentido de imanência individual que adquiriu no Ocidente mais ou menos no século XVII⁷. O surgimento do chamado (e às vezes questionável) individualismo moderno pressupôs diversas etapas e diferentes elementos: um tanto o cristianismo acentuando em cada um a vida e a fé como algo distinto das coisas "de Cesar", um tanto a Reforma

dos diferentes tipos da comunidade. Daí que esta espécie de justiça se classifica, de acordo com as diferentes formas de comunidade.

Desta maneira, temos: A Justiça Global, cujo objeto é constituído pelo bem comum de toda a sociedade, ou seja, do Estado, dependendo, por isso, do direito legal; a Justiça Social, cujo objeto é constituído pelo bem comum da sociedade (o que não é o mesmo que Estado) nos grupos e classes que, dentro dela, contribuem para a economia social, e que dependem da distribuição do produto social; a Justiça Internacional, cujo objeto é o bem-comum da comunidade das nações e que depende da conduta mútua das nações entre si.

Obviamente, existem outras formas de bem-comum, primordialmente o da família e outros diferentes grupos sociais. E, em decorrência disto, é possível uma classificação mais ampla de justiça. Poderia se falar, por exemplo, de uma Justiça Doméstica, abrangendo o círculo familiar; também, se poderia falar na possibilidade de uma Justiça Política, considerada como espécie da justiça do bem comum.

A Justiça Particular divide-se em:

- Justiça Distributiva - cujo objeto é o bem particular como parte do bem comum. Isto é, a pretensão que as pessoas individuais ou os grupos sociais da comunidade possuem, de que se realize uma distribuição justa dos ônus, ajudas e privilégios.

- A Justiça Comutativa de troca e equivalência - cujo objeto é uma pretensão jurídica que constitui um *Suum* determinado e que se cumpre de acordo com o princípio da equivalência. Este *Suum* consiste no direito à vida, à liberdade, à honra. E, exatamente, porque diz respeito, sobretudo, às pretensões nascidas na economia do tráfico

5 BENES, Edvard. *Democracia de Hoje e de Amanhã*. Trad. de Jiri Reiszman. Ed. Calvô RJ, 1945, p. 18.
6 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Ed. Brasiliense, 5ª ed. SP, 1994, p. 12.
7 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 15.

entre os cidadãos, esta espécie de justiça chama-se Comutativa ou Justiça de Permuta. Não há classificação alguma de justiça que possa abranger a realidade social em toda sua totalidade, em todas as suas relações e, acima de tudo, na complexidade atual de que elas se revestem.

A vantagem desta classificação é que ela possibilita a separação clara, entre a Justiça Natural - cujas obrigações se fundamenta, de imediato, no Direito Natural, e a Justiça Legal, cujas obrigações são baseadas, de imediato, no Direito Positivo.

Na Justiça Legal estão inseridos, em primeiro lugar, todos os deveres, cujo suprimento constitui exigência do bem comum, imposto pelo Direito Positivo. Estes deveres são de dois tipos: deveres do legislador de criar as leis necessárias ao bem comum e deveres dos cidadãos de cumprirem essas leis.

No Estado hodierno, as leis são elaboradas pelos parlamentos. Portanto, têm estes todos os deveres impostos pela Justiça Legal. Desta maneira, nas democracias parlamentares, os partidos têm por obrigação pensar, em primeiro lugar, nos interesses do bem comum, e só depois, secundariamente, nos interesses partidários.

A segunda esfera de deveres referidos compreende a obediência cívica (política) dos cidadãos ao Estado, que é, por si só, uma obrigação de Justiça Legal. Por outro lado, é, também, em decorrência da Justiça Legal, que os Estados estão obrigados, como membros da comunidade das nações, a cumprir as leis ditadas por uma autoridade internacional.

A Justiça Social, pela própria origem do termo, refere-se ao bem-estar econômico e social da sociedade, considerada como comunidade de trabalho e de ordem econômico-social do povo de certo Estado.

Realmente, a economia nacional constitui uma comunidade de trabalho porque, em decorrência da divisão do trabalho, torna-se uma cooperação econômico-social, de maneira que os membros das diferentes classes e grupos dependem todos uns dos outros, no trabalho por eles realizado para proverem à sua subsistência. Desta forma, o bem comum desta comunidade de trabalho exige que se distribua a todos os grupos e respectivos membros o quinhão que lhes cabe nos frutos da sua cooperação, atentas às prestações que efetivarem. A distribuição destes quinhões assumem a forma de preços, salários, juros e rendas da terra, rendimento do capital e de seguros sociais e privados. É, exatamente, em decorrência da cooperação social e econômica e da distribuição dos frutos que ela implica, que surgem as obrigações da Justiça Natural, diferentemente do que ocorre com as da Justiça Legal.

Obrigados pela Justiça Social, estão, sobretudo, os grupos sociais. Nas negociações e acordos em que eles têm que conceder-se, mutuamente, a parte que lhes cabe no produto da sua cooperação econômica e social.

Logicamente, a Justiça Social obriga os patrões e operários, no transcorrer das negociações sobre os convênios coletivos. Entretanto, não se restringe a reclamar uma distribuição justa do produto social; obriga, também, a realizar as prestações necessárias ao bem comum, à sua consolidação e desenvolvimento e ao progresso social e econômico. As obrigações da Justiça Social abrangem, também, a vontade e a cooperação dos grupos sociais na criação das instituições sociais, necessárias ao melhor cumprimento possível das exigências e prestações a que têm direito.

Uma vez concluído um convênio coletivo de trabalho, o cumprimento das suas cláusulas constitui, para

ambas as partes, uma obrigação de Justiça Comutativa, que inclui o dever de reconstituição.

No movimento social, que remonta a meados do século XIX, quando se fazia referência à Justiça Social, empenhada na luta pela reforma do sistema social, estava-se refletindo, antes de mais nada, dentro da própria doutrina jusnaturalista, as obrigações de Justiça Natural postas aos grupos sociais. Entretanto, acrescentam, a obrigação do Estado em relação à política social é, logicamente, uma obrigação de Justiça Distributiva.

Além disso, numa época em que a intervenção estatal vai se tornando mais acentuada, a equiparação da Justiça Social à Justiça Legal pode trazer consigo conseqüências perniciosas, levando a falsas concepções, no que se refere à missão do estado no domínio social. Pode levar a supor, por exemplo, que a Justiça Social é, sobretudo, uma função do estado, quando, verdadeiramente, é, essencialmente, uma tarefa dos grupos que participam no processo econômico - social da "sociedade", não do Estado.

A Justiça Distributiva é que obriga ao cumprimento da igualdade proporcional, exigida pelo bem-comum na distribuição de ônus e privilégios. Enquanto que, a Justiça Legal dirige o poder de ordenação social ao bem do todo social, a Justiça Distributiva encaminha-o ao bem dos membros da sociedade.

Concretamente, a Justiça Distributiva, encaminha a atuação do soberano, dos órgãos legislativos, administrativos e executivos; sendo que, quando determina a medida da pena na administração da justiça, chama-se Justiça Penal.

Um dos deveres impostos pela Justiça Distributiva é o de evitar ou eliminar privilégios: ou seja, vantagens das a uma parte da comunidade em prejuízo de outras.

reclamando a vivência pessoal como oração e como obra, um tanto a extinção dos grupos medievais com o capitalismo e com a *Weltanschauung* burguesa⁸.

O professor Paulo Ferreira da Cunha, que coloca bastante ênfase sobre a historicidade do tema, propõe considerar que os direitos fundamentais são fundamentais em determinado lugar e em determinado tempo⁹.

Como a época moderna (o termo vai tomado aqui no sentido historiográfico habitual) teve e vem tendo os seus exageros peculiares — cada época tem os seus —, a exacerbação da crença na pessoa e nas liberdades gerou situações em que a sociedade perde o predomínio sobre o indivíduo.

* * *

Ao falar em modernidade, não será descabido mencionar o processo de laicização, que no Ocidente, como na Grécia, correspondeu ao advento do racionalismo, da cultura urbana e do capitalismo. Como se sabe, correspondeu também a uma reformulação no entendimento dos espaços — os urbanos, os políticos, os sociais¹⁰. Com isso se teve a retomada da antiga diferenciação do público e do privado, inclusive (e peculiarmente) no direito, sobretudo a partir da Revolução Francesa; teve-se também, dentro da reestruturação das relações entre o indivíduo e o Estado, a consagração da idéia de garantia, ou de garantias¹¹, estas concebidas e delineadas, de certo modo, antes mesmo dos direitos. Mudava o modelo do Estado,

⁸ Apud ARRUDA, José Jobson de A. *História Moderna e Contemporânea*. 23ª ed. Ática. SP, 1990, p. 119.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Fundação Getúlio Vargas. 3ª ed. RJ, 1972, p. 04.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 04/05.

¹¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. In: *aulas ministradas durante o curso de TGE I, 1995*.

mudava a posição dos poderes, mudava a imagem do indivíduo¹².

Sempre nos parece algo ambígua a alusão ao individualismo moderno, com o indivíduo como que despertado e valorizado dentro de certas relações, mas com, ao mesmo tempo, o gradual descobrimento do social — sobretudo a partir dos debates conservadores provocados pela Revolução Francesa —, e com as doutrinas socialistas crescendo, desde as utopias do Renascimento até Marx e seus seguidores. Um individualismo, portanto, inserido em contradições e em dualismos.

Desde logo, as relações desse individualismo com o nascimento ou renascimento do conceito de direito subjetivo: há efetivamente vários autores que não encontram antecedentes para este conceito, ligado no caso a circunstâncias históricas específicas¹³. E também suas relações com o contratualismo, que durante os séculos XVII e XVIII figurou em tantas teorias políticas relevantes: dentro dele, a questão dos direitos, ressaltados em face da criação da autoridade política, ou tomados como fundamento dela.

Como se vê, as bases da idéia moderna dos direitos corresponderam ao individualismo, à secularização e ao liberalismo, o mesmo liberalismo que alimentou a idéia das garantias e inspirou as constituições escritas.

* * *

Mas logo temos de mencionar a influência das idéias liberais e do modelo constitucional "burguês", influ-

12 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*.

Atlas. 2ª ed. SP, 1994, p. 170.

13 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1934, p. 145.

ência aliás correlata à nova fase da expansão do Ocidente: antes a expansão pelos mares em busca de ouro e de terras, agora a influência cultural, política e financeira. O modelo constitucional seria trazido inclusive para a América Latina¹⁴, dentro de um mundo crescentemente tenso, conturbado e superpovoado, cujos problemas tanto se agravariam no século XX, até chegar ao que se vem chamando de globalização¹⁵. Estaríamos entretanto (outra ambivalência) na era dos direitos, para usar a abrangente expressão de Bobbio¹⁶.

Há porém outras considerações a fazer. A crise, que vem dominando o Ocidente contemporâneo (dentro do qual grande parte das tomadas-de-consciência são referentes a ela) se constitui, como quase todas as crises históricas, de um duplo processo, de saturação e esvaziamento. Neste segundo sentido, a crise do mundo ocidental vem sendo justamente uma crise de fundamentos. O relativismo e o criticismo, que vieram da secularização e condicionaram o liberalismo e a democracia, propiciaram também a queda dos antigos pressupostos teológicos da ética e da ordem social: e com eles caiu a estabilidade das coisas¹⁷.

Vale pensar que, de certo modo, o advento da axiologia (a partir de Lotze e de Nietzsche) terá tido algo a ver com isto. A perda do antigo ontos seria compensada com a figura do valor. A "filosofia dos valores" (tão necessária e entretanto insuficiente) seria um compromisso da metafísica tradicional com a filosofia da vida: naquela os resíduos das idéias platônicas e nesta a aproximação à

14 Aguiar VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Op. cit.* p. 06.

15 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 27/28.

16 DUVERGER, Maurice. *Op. cit.* p. 11.

17 FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. CEPE. 2ª Ed. Recife, 1970, p. 56.

Erlebnis e à práxis. E logo a axiologia assumindo a teorização sobre o direito e a justiça: a justiça como um valor, o universal e o contingente enlaçados em seu conceito¹⁸.

Do mesmo modo a problemática do Direito Natural passou a relacionar-se com o pensamento axiológico, tendo havido antes a conversão do direito em direitos. O direito (natural) mencionado nos estóicos e em Grócio sofreu uma espécie de refração dentro do individualismo, quando o termo rights, presente já em Hobbes, mas como oposto a Natural Law, foi usado por Locke como correlato de uma "natural freedom"¹⁹.

Em torno disso ocorreu o levantamento do economismo e do igualitarismo, que Louis Dumont faz acompanhar do individualismo, constituindo-se um tempo cheio de complexidade²⁰. São problemas da estruturação da democracia, com a liquidação da monarquia e da aristocracia: a democracia como relativismo ou como majoritarismo, como reinado da opinião ou como domínio do quantitativo, como favorecimento da liberdade ou como ditadura do proletariado. Dentro dessas alternativas, que talvez nunca sejam resolvidas, permanece o problema da igualdade, com a dificuldade de encontrar-se o ponto limite entre a idéia de que os homens são todos igualmente dignos, e a de que são diferentes, empiricamente e no tocante ao "mérito". São problemas que tomam um relevo maior, obviamente, quando sobrevêm, já no século XIX, os direitos chamados sociais. A dificuldade aumenta ao perguntar-se de que são dignos (de ser tratados como homens, como fins e não meios, etc.) e as respostas geram

18 FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, 6ª Ed. SP, 1983, p. 188.

19 Apud FERREIRA, Luís Pinto. *Op. cit.* in 25, p. 195.

20 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 33.

um círculo. Também ao perguntar-se o que é o mérito (no socialismo oitocentista, e até Lenine, discutiu-se muito sobre a distribuição das coisas, pela necessidade ou pelo mérito)²¹.

Uma ética centrada sobre as liberdades e sobre uma visão laica e atomística da sociedade tenderá certamente a enfatizar direitos: os direitos como tais, como privilégios imanes e gratuitos. Uma ética com raízes religiosas (ou com alguma implicação teológica) tenderá a enfatizar deveres. Terá sido o caso da concepção comtiana dos deveres, dentro de uma doutrina em que o sociologismo convivía com uma teologia específica e com um autoritarismo ligado à fé na ciência²².

O surgimento das constituições escritas, no Ocidente contemporâneo, vinculou-se como se sabe à preocupação com assegurar direitos. O sempre citado parágrafo 16 da Declaração francesa de 1789 afirmava que "toda sociedade, na qual não se acham divididos os poderes nem garantidos os direitos, não tem constituição". Todo o movimento pelo direito escrito, ainda antes e sobretudo depois da Revolução Francesa, teve conexão com o espírito burguês (o burguês criador da contabilidade como sublinhou Sombart) e com o racionalismo jurídico²³.

O movimento pelos direitos (e liberdades) não teria sido possível dentro de outro contexto, que não o mesmo onde se estruturou o direito escrito: como na sociedade feudal por exemplo. Nem teria sido possível nas utopias clássicas²⁴.

21 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 32.

22 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 33.

23 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 59.

24 Apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Op. cit.* p. 06.

Erlebnis e à práxis. E logo a axiologia assumindo a teorização sobre o direito e a justiça: a justiça como um valor, o universal e o contingente enlaçados em seu conceito¹⁸.

Do mesmo modo a problemática do Direito Natural passou a relacionar-se com o pensamento axiológico, tendo havido antes a conversão do direito em direitos. O direito (natural) mencionado nos estóicos e em Grócio sofreu uma espécie de refração dentro do individualismo, quando o termo rights, presente já em Hobbes, mas como oposto a Natural Law, foi usado por Locke como correlato de uma "natural freedom"¹⁹.

Em torno disso ocorreu o levantamento do economismo e do igualitarismo, que Louis Dumont faz acompanhar do individualismo, constituindo-se um tempo cheio de complexidade²⁰. São problemas da estruturação da democracia, com a liquidação da monarquia e da aristocracia: a democracia como relativismo ou como majoritarismo, como reinado da opinião ou como domínio do quantitativo, como favorecimento da liberdade ou como ditadura do proletariado. Dentro dessas alternativas, que talvez nunca sejam resolvidas, permanece o problema da igualdade, com a dificuldade de encontrar-se o ponto limite entre a idéia de que os homens são todos igualmente dignos, e a de que são diferentes, empiricamente e no tocante ao "mérito". São problemas que tomam um relevo maior, obviamente, quando sobrevêm, já no século XIX, os direitos chamados sociais. A dificuldade aumenta ao perguntar-se de que são dignos (de ser tratados como homens, como fins e não meios, etc.) e as respostas geram

18 FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. Sarará, 6ª Ed. SP.

1983, p. 188

19 Apud FERREIRA, Luis Pinto. *Op. cit.* in 25, p. 195

20 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 33

um círculo. Também ao perguntar-se o que é o mérito (o socialismo oitocentista, e até Lenine, discutiu-se muito sobre a distribuição das coisas, pela necessidade ou pelo mérito)²¹.

Uma ética centrada sobre as liberdades e sobre uma visão laica e atomística da sociedade tenderá certamente a enfatizar direitos: os direitos como tais, como privilégios iminentes e gratuitos. Uma ética com raízes religiosas (ou com alguma implicação teológica) tenderá a enfatizar deveres. Terá sido o caso da concepção comtiana de deveres, dentro de uma doutrina em que o sociologista convivia com uma teologia específica e com um autoritarismo ligado à fé na ciência²².

O surgimento das constituições escritas, no Ocidente contemporâneo, vinculou-se como se sabe à preocupação com assegurar direitos. O sempre citado parágrafo 16 da Declaração francesa de 1789 afirmava que "toda sociedade, na qual não se acham divididos os poderes necessários para garantir os direitos, não tem constituição". Todo movimento pelo direito escrito, ainda antes e sobretudo depois da Revolução Francesa, teve conexão com o espírito burguês (o burguês criador da contabilidade comercial sublinhou Sombart) e com o racionalismo jurídico²³.

O movimento pelos direitos (e liberdades) não teria sido possível dentro de outro contexto, que não o mesmo onde se estruturou o direito escrito: como na sociedade feudal, por exemplo. Nem teria sido possível nas utopias clássicas²⁴.

21 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 32

22 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 33

23 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 59

24 Apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Op. cit.* p. 08

Notas:

- 1 Ver Martín Laclau, *La historicidad del derecho*, Abeledo-Perrot, B. Aires 1994, passim.
- 2 Sobre o assunto as argutas observações de Paulo Ferreira da Cunha, em *Res Publica. Ensaíos Constitucionais* (ed. Almedina, Coimbra 1998), caps. II e III: "O Direito, enquanto ente epistemológico autônomo, é de fato uma invenção ocidental", pág. 53. — Alguns tópicos interessantes em Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme* (PUF, Paris, 1983), cap. 5.
- 3 À distinção entre um direito natural tido como base do ordenamento, e outro visto como contraste em relação a ele, corresponde de certa sorte a diferença entre um jusnaturalismo onto-epistemológico e outro axiológico. Cf. nossa *Filosofia do Direito* (Ed. Renovar, Rio de Janeiro 1998) parte IV, cap. II, pág. 185.
- 4 Talvez caiba uma ressalva quanto ao islamismo. Para o caso da "cultura antiga", sempre cito a frase de Umberto Cerroni: "Se a nossos olhos resulta já quase ininteligível a idéia aristotélica de que o cidadão é aquele que participa das magistraturas, igualmente ininteligível resultariam para o cidadão grego as Declarações de Direitos" (*Introducción al pensamiento político*, trad. A. Cordova, Ed. Siglo Veintiuno, México 1979, 10ª. edição, pág. 16).
- 5 Benjamin Constant, "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes", em *Cours de Politique constitutionnelle, ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernemente représentatif* (Introd. e notas por E. Laboulaye), 2ª ed. tomo II, Paris, Guillaumin, 1872), págs. 539 e segs. — Cf. Georges de Lauris, *Benjamin Constant et les idées libérales* (Paris, Plon, 1904), princ. caps. II e III. — Não deixava Constant de ter razão, ao menos em parte: para os antigos a cidade e o culto primavam sobre o indivíduo, sobre suas veleidades e suas fantasias.
- 6 *Nosso Formação da teoria constitucional* (ed. Forense, Rio de Janeiro 1983).
- 7 Jacqueline Bordes, *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote* (Paris, Belles Lettres, 1982), passim; Claude Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (Gallimard, Paris, 1976), princ. caps. I, VII e VIII. — Cf. ainda Ch. Wirszubski, *Libertas — as a political idea at Rome during the late republic and early principate* (Cambridge Univ. Press, reimpressão 1968).
- 8 Franziskus Stratmann, *Cristo e o Estado*, trad. F. Lopes de Oliveira, ed. Aster, Lisboa-Coimbra, 1956; Ernst Troeltsch, *El protestantismo y el mundo moderno*, trad. E. Imaz, FCE, México 1958; T. Nipperdey "Lutero y el mundo moderno", em *Eco*, Bogotá, nº 265, nov. 1983, pp. 22 e segs.
- 9 *Res Publica*, cit., págs., 29 e 31.
- 10 Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Oeffentlichkeit*, trad. francesa M. de Launay, *L'Espace Public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise* (Payot, Paris 1978), passim.

- 11 Bernard Groethuysen, *Philosophie de la Révolution Française* (precedé de *Montesquieu*), Paris, Gallimard 1956, caps. VI, VII e VIII. V. também Domenico Corradini, *Garantismo e statualismo* (Milão, Giuffré, 1971).
- 12 Entre outros G. Peces-Barba Martinez, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid 1982.
- 13 Michel Villey, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1957), cap. XIV: "Les origines de la notion de droit subjectif". Em torno do assunto caberia um grande número de referências.
- 14 Cf. Sandro Schipani e outros, *Constitucionalismo latino y liberalismo*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1990.
- 15 Antonio Cassese, *Los derechos fundamentales en el mundo contemporáneo*, trad. A. Melacrino e B. Madariaga, Ed. Ariel, Barcelona 1991; J. A. Lindgren Alves, *Os direitos humanos como tema global*, Ed. Perspectiva, S. Paulo 1994.
- 16 Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, trad. C. N. Coutinho, Ed. Campus, Rio de Janeiro 1992. À pag. 37: "...o importante não é fundamentar os direitos, mas protegê-los".
- 17 Nosso *Ética e História* (Ed. Renovar, Rio de Janeiro 1998), págs. 111 e 116.
- 18 Encontramos em Hans Welzel a tentativa de refazer a idéia do Direito Natural concedendo-lhe historicidade e conectando-a à filosofia existencial, sempre bordejando o tema dos valores: *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit* (*Derecho Natural y Justicia material*, trad. esp. Aguillar, Madrid 1957).
- 19 A. Passerin D'Entrèves, *Natural Law. An Introduction to legal philosophy* (Londres, Hutchinson University, reimpressão 1967), cap. III, págs. 59 e 60.
- 20 L. Dumont, *Homo aequalis. I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique* (Gallimard, Paris 1985). Ver também David Ritchie, *Natural Rights. A criticism of some political and ethical conceptions* (Londres, Allen-Unwin, 5ª edição 1952), cap. XII.
- 21 No fundo o problema remeteria ao da relação entre as ocupações e o status social, ligada ao das "oportunidades" (os socialistas do tempo de Laski falavam em igualdade de oportunidades). Platão havia colocado o problema em termos radicais, ao vincular a distribuição das tarefas, na sociedade, à verificação das aptidões pessoais, tal distribuição correspondendo ao quadro geral das 3 classes básicas.
- 22 O oposto, sob certo prisma, da doutrina kantiana da liberdade. — Em nosso século, uma reformulação do tema dos deveres (concebida em parte como uma espécie de resposta a Ernst Bloch) aparece no "princípio da responsabilidade" de Hans Jonas: *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad. J. Greisch, Ed. Flammarion, Paris 1995.

- 23 Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, ed. Gulbenkian, Lisboa 1980, parte IV. — Também nosso *Legalismo e ciência do direito*, Ed. Atlas, São Paulo 1977, passim.
- 24 Discutível mas interessante a idéia de Crane Brinton, segundo a qual as utopias modernas, diferentemente das clássicas, tendem à democracia, sendo a democracia de certo modo (o que é outra coisa) uma utopia: "Utopias and democracy" em F. Manuel (org.), *Utopias and utopian thought*, Souvenir Press, Londres 1973, págs. 50 e segs. — Entretanto, uma advertência contra a transformação dos direitos em utopia acha-se no texto de Vicente Barreto, "Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares", em *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*, Rio de Janeiro 1997, págs. 139 e segs.
- 25 Para Paulo Ferreira da Cunha, o paradigma "Direitos Humanos" é menos rigoroso juridicamente do que "Direitos Fundamentais" (*Res Publica*, cit., cap. II pág. 37, grifo meu. — A fundamentalidade, no caso, indica algo nos direitos humanos. — Nada a ver, por outro lado, com o conceito de *fundamental law* (lei fundamental), corrente em certa fase da história constitucional inglesa (cf. J. W. Gough, *Fundamental Law in english constitutional history*, Oxford-Clarendon Press, 1961).
- 26 Sobre a racionalidade e a universalidade, ainda valem certos livros pouco recentes porém sérios, como o de David Richtie, *Natural Rights* (cit.). Quanto aos analíticos, cabe incluir entre eles Robert Alexy, *Teo-*

ria de los Derechos Fundamentales (trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997), que não se afasta do direito positivo, sobretudo da *Grundgesetz*, e que desenvolve os temas, em vasta sistematização, sem nenhuma referência histórica. — Algo comparável ocorre com Habermas, quando, tratando da "reconstrução" do direito, embrenha-se em uma série de tematizações distintas para chegar à "teoria do discurso" como fundamentação dos direitos (*Faktizität und Geltung*, trad. F.B. Siebeneichler, *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro 1997, Parte III, item III).

- 27 Nossa *Filosofia do Direito*, cit., págs. 98 e 182.
- 28 No Brasil, se se admite a observação "politicamente incorreta", a expressão direitos humanos aparece para muitos como designadora de algo que impede a punição dos criminosos, principalmente menores. Deficiência de informação, por um lado, distorções na legislação, por outro; além do velho hábito da impunidade, que sempre acompanha e acolita a violência.

Recife, 07 fev. 99

LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO

Roberta Fragoso de Medeiros Menezes
Acadêmica da Universidade Federal de
Pernambuco - UFPE - FDR. Monitora de Introdução
ao Estudo do Direito II. Pesquisadora Científica
Bolsista do CNPq, Prêmio Jovem Cientista
Joaquim Amazonas 1997 e 1998.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Liberalismo. 3. A Democracia. 4. O Encontro do Liberalismo com a Democracia. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Um dos princípios básicos da vida política está em que o poder procura sua legitimidade. Os detentores de poder sempre buscam justificar seus atos em torno de algum princípio ético. Exemplos, a História é pródiga em apresentar: no Egito, o Faraó era o próprio Deus; na Mesopotâmia, o rei era um representante divino; no Absolutismo havia o "poder divino dos reis"; hodiernamente, a autoridade do presidente se origina de uma maioria eleitoral e de um processo constitucional. Não há mostras significativas na história de legitimação do poder baseando-se na "força superior" ou "riqueza sem proporção" porque sempre há invenção de fórmulas ou mitos que trazem a estabilidade política e a eficiência do governo, uma

vez que ocorre a concordância benevolente dos cidadãos com tais invenções.

Ideologia é o conjunto de valores ou princípios que visam à legitimação dos atos dos detentores de poder; é um instrumento político poderoso, porque traz a estabilização da ordem vigente. Os momentos de transformação ocorrem quando a ideologia dominante se encontra desgastada, incapaz de cimentar a sociedade em torno dos valores cruciais do regime existente. Nesse momento, novos conteúdos ideológicos tomam o lugar dos antigos, anunciando uma alteração do esquema de forças que ocupa o poder. São as ideologias as responsáveis pelo estabelecimento daquilo que se denomina hegemonia, ou seja, um controle social em grande parte fundado na legitimidade dos governantes frente aos governados; contudo, são também instrumentos de contestação do poder vigente, de sua substituição e do estabelecimento de novas hegemônias, desde que usadas por reformistas ou rebeldes a fim de atacar o "status quo".

Em contraposição, temos os sociólogos da Escola de Durkheim, os quais sustentaram que não havia, no início da humanidade, a distinção entre governantes e governados, de modo que não era necessária uma ideologia que fundamentasse o poder. Somente mais tarde houve a "personalização de poder", com o advento de membros que governavam em nome próprio. Aparentemente, poder-se-ia pensar que a democracia é uma oposição ao fenômeno geral de governantes x governados, já que é definida como "o governo do povo para o povo". Todavia, conforme declara Maurice Duverger, tanto nas cidades gregas e romanas, como nos cantões suíços atuais, os negócios coletivos são administrados permanentemente por alguns homens que se constituem nos verdadeiros go-

vernantes¹. O próprio Jean-Jacques Rousseau, maior teórico da democracia, reconheceu que não se pode suprimir a distinção entre governantes e governados, a saber: "tomando o termo, no rigor da acepção, jamais existiu democracia verdadeira e jamais existirá. É coisa contrária à ordem natural que a maioria governe e a minoria seja governada"².

Regime político é, portanto, a forma pela qual o poder político é exercido, de acordo com certos princípios (ideologia) que determinam as relações entre governantes e governados e seus respectivos direitos e deveres. Como o liberalismo e a democracia são regimes políticos por diversas vezes confundidos (sobretudo através da existência atual de regimes denominados liberais-democráticos), buscamos, com este trabalho, demonstrar que tais regimes, atualmente entrelaçados, são, nas suas essências, distintos e por vezes até antagônicos. Um estado liberal não é necessariamente democrático, ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado liberal: ao contrário, o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal. Maiores diferenciações serão postas com a análise de cada um desses regimes, no transcórre de nosso trabalho.

2. Liberalismo

2.1 Histórico

2.1.1 A Época da Sociedade Feudal na Idade Média

A sociedade feudal da Idade Média, na Europa dos

¹ DUVERGER, Maurice. *Os Regimes Políticos*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. Difusão Européia do Livro, 2. ed. São Paulo, 1966, p.08.

² DUVERGER, Maurice. *Op. cit.*, p. 09.

séculos V a XIV, possuía na hierarquia social sua característica dominante. Era monárquica e aristocrática, fortalecida pelo poder espiritual e temporal da Igreja. O cidadão medieval era subordinado à absoluta autoridade espiritual e temporal dos governantes, de forma que não existia a verdadeira liberdade política, religiosa ou individual. A economia era estática, fechada e auto-suficiente, possuindo a terra como principal riqueza e a agricultura como principal atividade. A sociedade era estamental, ou seja, cada um já nasce em sua classe, não há mobilidade social e todos estão entrelaçados por relações de dependência: entre nobres era comum haver relações de suserania e vassalagem. O poder político era descentralizado, o soberano aparecia como uma figura tradicional, sem grandes poderes, de forma que cada senhor feudal era autônomo em relação ao seu feudo. A cultura era controlada pela Igreja, que além de deter a única legislação escrita e normatizada (Direito Canônico), era a maior proprietária de terras.

A partir do ano 1000, o modo de produção feudal passou a sofrer um processo de crises, sendo as causas imediatas o aumento populacional (devido às "Tréguas da Igreja", não há mais guerras) e a queda de produção. A fome gerada a partir daí criou um clima de violência incontrolável; até mesmo os senhores feudais passaram a atacar os mercados em busca de sobrevivência; as terras da Igreja corriam perigo. Nessa época, os turcos seljúcidas controlavam a Terra Santa, impedindo os cristãos de visitarem os locais onde teria vivido Jesus, ocasionando, em 1097, pelo papa Urbano II, a primeira de uma série de expedições militares saídas da Europa feudal em direção ao Oriente. Tais guerras foram chamadas de **Cruzadas**.

Ao mesmo tempo, na península Ibérica, os reinos cristãos iniciaram a expulsão dos muçulmanos numa cam-

panha chamada de Reconquista. Como expedições militares, as Cruzadas foram um fracasso; contudo, suas consequências foram importantes: provocaram a circulação de mercadorias e riquezas, fizeram renascer o comércio e a vida urbana, reativaram antigas rotas comerciais; tais fatos fariam ressurgir uma nova classe, a burguesia. Com ela, um novo modo de produção vai se formando, o capitalismo, baseado no comércio internacional, na idéia de lucro, no trabalho pago. A partir do século XV as especiarias exorbitam os preços, além de faltar metais para cunhagem de moedas e pagamento das importações. A solução foi expandir o comércio através das navegações, tentando descobrir uma rota para as Índias, a terra das especiarias, fazendo surgir o capitalismo comercial, iniciado no século XVI.

2.1.2 O Período da Monarquia Absolutista

O advento do mercantilismo trouxe consigo a expansão econômica, e, conseqüentemente, a necessidade de unificação da moeda, da busca de consumidores e metais preciosos. Tudo isso só foi possível devido à transformação do Estado Nacional em monarquia absolutista, isto é, o soberano passa a controlar o poder político, apoiando-se no clero, na nobreza e na burguesia.

O cidadão no regime da monarquia absolutista não teve quaisquer direitos políticos específicos. Seus interesses foram absorvidos pelos do Estado, representado pelo rei. Os chamados "direitos naturais" nunca foram reconhecidos: todo o poder político emanava de Deus, perante o qual o monarca respondia. Era a "graça de deus" que apoiava e mantinha o soberano absoluto.

2.1.3 A Crise do Antigo Regime

Antes de falarmos da série de modificações cultu-

rais, sociais, políticas e econômicas que ocorreram no transcurso do século XVIII, especialmente com a Revolução Francesa, mencionaremos uma outra reforma não menos importante para o liberalismo e dotada de antecedência histórica: a Reforma Protestante. Conceitualmente, foi uma revolução religiosa no início da Idade Moderna caracterizada pela ruptura da unidade católica. A burguesia argumentava que o poder político deveria estar nas mãos dos que fossem proprietários e dos que, através de sua própria capacidade e do seu próprio trabalho profícuo, houvessem demonstrado sua capacitação superior para governar. Tal pensamento encontra ressonância em Calvino, para quem a justificação da autoridade política situava-se no sucesso econômico exibido pelos "eleitos" de Deus. Os homens prosperam segundo a vontade divina, e essa prosperidade é um claro sinal de que Deus os escolheu para a salvação.

O progresso inicial da ideologia liberal acha-se intimamente ligado às idéias do Iluminismo e da Revolução Francesa. O Iluminismo surgiu na França, no século XVIII, e se caracterizava por procurar uma explicação racional para todas as coisas. Seus adeptos, com suas idéias, abriram caminho para a Revolução Francesa, uma vez que "foram uma reação à censura drástica francesa, que coibia as discussões e os debates sobre os detalhes específicos da política e de sua organização social; incapazes de debater em termos de reformas particulares, os pensadores do Iluminismo tendiam a generalizar por meio de amplas abstrações"³. Pregaram essencialmente a liberdade econômica, opondo-se a toda e qualquer regulamentação. A economia deveria ser regida pela natureza (o que

³ RODEE, Carlton Clymer. *Introdução à Ciência Política I*. Trad. De Marco Aurelio de Moura Matos. Rio de Janeiro, Agir, 1977, p.117/8

libes valeu a denominação de *fisiocratas*), o Estado não deveria intervir, a não ser para garantir seu livre curso, com total liberdade para o desenvolvimento das atividades comerciais e industriais, consagrando a frase "*Laissez faire, laissez passer*". A Revolução Francesa, grande movimento social e político do século XVIII, foi um marco na era das Revoluções Burguesas pelo seu caráter liberal e democrático. A sociedade francesa da segunda metade do século XVIII era uma sociedade de estamentos, composta de dois grupos privilegiados (o *clero*, primeiro estado, e a *nobreza*, segundo estado) que oprimiam e exploravam um terceiro grupo, constituído pela grande maioria da população (o terceiro estado, formado pelos burgueses, pelos camponeses sem terra e pelos "*sans-cultotes*", uma camada heterogênea composta de artesãos, aprendizes e proletários). O clero e a nobreza não só tinham isenção tributária, como ainda usufruíam o tesouro real, através de pensões e cargos públicos, de modo que a principal reivindicação da burguesia era a abolição dos privilégios e a igualdade civil. Para que conseguisse obter a adesão das outras classes que formavam o terceiro estado, adotou os princípios democráticos. A 26 de agosto de 1789, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; de marcada influência iluminista, o documento defendia o direito à liberdade, à igualdade perante a lei, à inviolabilidade da propriedade e o direito de resistir à opressão.

2.1.4 Da Democracia Liberal Burguesa até o Aparecimento do "Quarto Estado".

A gradual conquista dos direitos do homem, reforçada pelo advento da Revolução Industrial, alentou a política do "Quarto Estado", como se chamou, na Europa, a essa

nova classe composta do operário e do pequeno camponês. No dizer de Georges Burdeau⁵ "as transformações da vida econômica, especialmente, as conseqüências da revolução industrial, agravando as condições materiais da vida dos trabalhadores, revelaram a disparidade entre a nobre estatura do cidadão e a situação do proletário, penalizado por todos os constrangimentos econômicos. Daí então, um povo que se pode dizer integralmente novo tende a se substituir, na concepção da democracia, à alegoria nacional. Após várias tentativas prematuras, das quais o Cartismo na Inglaterra, a Revolução de 1848 e a Comuna de 1871, na França, assinalam o fracasso, o surgimento desse povo real se afirma por meio de instituições estabelecidas pelo acesso regular de representantes das massas operárias ao parlamento da democracia burguesa". As revoluções de 1830 e 1848, apesar de predominantemente liberais, trouxeram consigo a proclamação do "Quarto Estado" como uma entidade organizada, visando a pleitear uma participação na nova ordem social européia como a classe mais numerosa. Algumas décadas mais tarde, no movimento revolucionário da Comuna de Paris, em 1871, a classe operária já assumia a atitude de luta aberta. Como demonstra Edvard Benes, os representantes do Quarto Estado opuseram-se decididamente à burguesia liberal, mas, apesar disso, mantiveram-se fiéis aos princípios filosóficos da Revolução Francesa e, às vezes, exaltaram-se mais que outros partidos políticos. Divergiram da tradição liberal sobretudo em relação a dois aspectos: 1) o desenvolvimento do capitalismo e do liberalismo econômico, com a excessiva exploração dos operários, induziu-os a pleitear a restrição da liberdade individual econômica e o aperfeiço-

Apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 10.

amento da legislação social, exigindo maior interferência do Estado nas questões sociais e econômicas; 2) o advento da luta de classes trouxe diversas diferenças sociais, que só poderiam ser abolidas numa ordem em que o Estado fosse capaz de instituir a igualdade de todos os cidadãos, não só política, mas social e economicamente.⁵

Essa crítica à noção clássica do liberalismo é importante para a sua evolução, na medida em que fará surgir uma nova percepção acerca das funções do Estado, trazendo elementos sociais onde outrora predominavam os elementos econômicos.

2.2 A Doutrina Liberal

2.2.1 Os Direitos do Homem

O pressuposto filosófico do Estado liberal é a doutrina dos direitos do homem, elaborada pelo jusnaturalismo como direitos intrínsecos a todos os indivíduos, independentemente de suas vontades, e que devem ser protegidos pelo Estado. Segundo Bobbio, falou-se do jusnaturalismo como pressuposto filosófico do liberalismo porque ele serve para fundar os limites do poder à base de uma concepção geral e hipotética da natureza do homem, o que prescinde de toda verificação empírica e de toda prova histórica.⁶ Clara é a tentativa de racionalizar a explicação acerca da necessidade de limitação do poder do Estado, e essa tentativa é posterior ao próprio estado de coisas que a conduziu, uma vez que as esferas individuais de ação e de posse de bens protegidos perante o poder coativo do rei já haviam sido pos-

⁵ BENES, Edvard. *Democracia de Hoje e de Amanhã*. Trad. de Jiri Reisman. Rio de Janeiro, Calvino, 1945, p. 18.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Ed. Brasiliense, 5. ed. São Paulo, 1994, p. 12.

tas desde a Magna Carta de 1215. Historicamente, o Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, através de revoluções que procuravam dar um fim aos antiquados controles econômicos (mercantilismo) sobre o comércio, além da eliminação do papel da Igreja Católica como a instituição de maior acervo de propriedade (em 1790 houve a Constituição Civil do Clero). Racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres, os quais convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários para uma convivência pacífica e duradoura. Enquanto que a história denota que o homem parte de um estágio inicial de servidão até as contínuas e constantes lutas pela ampliação de suas liberdades, a escola de Direito Natural demonstra um caminho inverso: parte de um estágio inicial de liberdade dos homens, que para garantir a manutenção do bem comum, estipulam um acordo no qual há transferência das vontades particulares para um poder comum, capaz de defender a humanidade, garantindo a todos segurança e justiça. Em suma, por Bobbio⁷, a doutrina dos direitos naturais inverte o andamento do curso histórico, colocando no início, como fundamento, e portanto como um *príus*, aquilo que é historicamente o resultado, o *posterius*.

A instituição de um soberano tem a principal função de permitir a máxima explicitação desses direitos naturais, desde que compatíveis com a segurança social. Como exemplo, temos a teoria do contrato social em Diderot (responsável pela organização da grande Enciclopédia - obra em 35 volumes, publicada entre 1751 e 1772, que

tornou conhecidas as novas idéias iluministas), mostrando o poder político emergindo do consentimento da nação: "O Príncipe recebe de seus súditos a autoridade que ele tem sobre eles e esta autoridade é nascida das leis da natureza e do Estado, que são as condições às quais os súditos são submetidos. Uma dessas condições é que não existe o poder da autoridade sobre eles a não ser pela sua escolha e consentimento; o príncipe não pode jamais empregar esta autoridade para cassar o ato ou contrato pelo qual ela lhe foi deferida. O príncipe não pode dispor do seu poder e de seus súditos sem o consentimento da nação"⁸. O Estado liberal só é possível quando vemos o problema da concepção do mesmo não mais a partir do soberano, mas sim a partir dos súditos, que justificam a limitação do poder estatal baseado na doutrina de direito natural.

2.2.2 Os Limites do Poder do Estado

Na doutrina do liberalismo o Estado sempre atemorizou o indivíduo, porque seu poder é o principal inimigo da liberdade. Com a construção do Estado Jurídico (criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos) ocorreu também a limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter a expansão das funções governamentais dentro dos assuntos sobre os quais não lhes são permitidos questionamentos. Quanto menor fosse a presença estatal dentro de uma sociedade, maior seria a liberdade dos indivíduos; "a essência estatal esgota-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social"⁹. Não se deve, contudo, confundir a doutrina

⁸ Apud ARRUDA, José Jobson de A. *História Moderna e Contemporânea*. 23. Ática, São Paulo, 1990, p. 119

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 3ª ed. 1972, p. 04

⁷ BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, p. 15

dos direitos naturais como sendo a doutrina dos direitos dos homens, o que fica claro em Bonavides: "O direito natural foi a fortaleza de idéias onde procuraram asilo tanto os doutrinários da liberdade como os do absolutismo. A burguesia revolucionária utilizou-a para estreitar os poderes da coroa e destruir o mundo de privilégios da feudalidade decadente, saindo-se vitoriosa, daí porque a perspectiva histórica daqueles tempos nos mostra com mais evidência o prestígio da ideologia que amparou os direitos do homem perante o Estado que aquela outra, oriunda de um teólogo como Bossuet ou um filósofo como Hobbes, pregando direito natural do Estado, encarnado na opressão da realeza absoluta"¹⁰.

Os limites do Estado podem ser fundados nas seguintes perspectivas: a) quanto aos poderes, gerando o Estado de Direito; b) quanto às funções, gerando o Estado mínimo. Pode haver, todavia, Estado de Direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado Social contemporâneo) e Estado mínimo que não seja Estado de Direito (tal como, com respeito à esfera econômica, o Leviatã Hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal na economia). A concepção de Estado de Direito pode vir de uma forma prática, quando se questiona¹¹: "O Direito Positivo limita o detentor máximo do Estado em favor dos sujeitos?" Se a resposta for positiva, o Estado é de Direito. Do ponto de vista formal (ordenamento), a expressão Estado de Direito, segundo Hans Kelsen, é tautológica, na medida em que todo Estado possui um mínimo de Direito, mesmo os ditatoriais. Para Kelsen, o Estado é a própria ordem normativa. Entretanto, de nada adiantaria todo Estado pos-

suir Direito, se este não é utilizado como uma limitação do governante em prol dos governados.

Quando se observa o Estado de Direito no âmbito da doutrina liberal, temos ainda o fenômeno da constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação dos direitos naturais em positivos, gerando o que Tércio Ferraz admite ser a "dicotomia enfraquecida entre o Direito positivo e o Direito natural"¹². Essa doutrina político-jurídica, denominada de constitucionalismo, pode ser considerada como a própria doutrina política do liberalismo, configurando o que foi denominado também de "Estado burguês de Direito"¹³.

Para o pensamento liberal não basta que a liberdade individual esteja protegida com a limitação dos poderes do Estado, e sim com as limitações das funções do mesmo. Se examinarmos a posição doutrinária de um representante típico do liberalismo econômico, como Adam Smith, veremos que "de acordo com o sistema de liberdade natural, o Estado tem somente três funções a cumprir: primeiro, o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, ou o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; em terceiro lugar, o dever de erigir e manter certas obras públicas e certas instituições públicas que nunca serão do interesse de qualquer indivíduo erigir e manter, porque o lucro jamais reembolsaria as despesas, embora possa frequente-

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 04/05

¹¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. In: aulas ministradas durante o curso de TGE I, 1995.

¹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 170

¹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, p. 145

mente proporcionar mais do que o reembolso a uma sociedade maior"¹⁴. Temos, então, que as funções do Estado devem ser mínimas, porque qualquer governo é, por si só, um mal (embora necessário), devendo se intrometer o mínimo possível dentro da esfera de liberdade individual. A independência e a liberdade eram equivalentes a uma ausência de restrições institucionais, tanto na esfera econômica como na esfera espiritual, de forma que o Estado liberal também é um Estado agnóstico, ou neutro.

2.2.3 O Elogio da Variedade

Wilhelm von Humboldt (1767 - 1835), ao dissertar acerca dos ideais liberais do Estado, escreve que o Estado organicista, cujo governo intervém para além das tarefas que lhe cabem, termina por criar na sociedade comportamentos uniformes que sufocam a natural variedade dos caracteres e das disposições, transformando os seres em autômatos. A crítica ao estado paternalista teria sua razão de ser na defesa da autonomia humana. A tradicional concepção orgânica da sociedade estima a harmonia, a concórdia mesmo que forçada, a subordinação regulada e controlada das partes em relação ao todo, condenando o conflito como elemento de desordem e de desagregação social. Ao contrário disso, em todas as correntes de pensamento que se contrapõem ao organicismo, afirma-se a idéia de que o contraste entre indivíduo e grupos em concorrência entre si é benéfico e é uma condição necessária do progresso técnico e moral da humanidade; competição econômica para o alcance do maior bem-estar social, luta política para a seleção dos melhores governantes¹⁵.

¹⁴ Apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Op. cit.* p. 06

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 27/28

2.3 O Neoliberalismo

Apesar das diversas crises que abalaram o pensamento liberal, sobretudo a crise do entre guerras, gerando o "New Deal" do presidente Roosevelt, nos EUA, seguido da "Frente Popular" Francesa, do Instituto de Reconstrução Industrial Italiano e, posteriormente, a "Nova Fronteira", de John Kennedy e a "Grande Sociedade", de Lyndon Johnson, temos que a finalidade última do liberalismo clássico não mudou frente ao novo liberalismo: assegurar, a todos os cidadãos, oportunidades iguais para o desenvolvimento do indivíduo. Porém, os meios utilizados para consecução de tais fins sofreram mudanças, devido à emergência e à difusão dos movimentos socialistas, bem como à aliança entre tais movimentos e o pensamento democrático, de modo que quando os países mais desenvolvidos passaram a avançar rumo ao sufrágio universal, parecia que começava a aumentar o abismo existente entre o liberalismo e a democracia. A "mão invisível" de Adam Smith pode ter sido eficaz numa economia com muitos competidores essencialmente em pé de igualdade, mas apresenta pouca relevância num sistema econômico no qual as decisões de uns poucos conglomerados e as do governo afetam a renda e as oportunidades de emprego de todos os cidadãos. Há uma preocupação, no Neoliberalismo, com os direitos políticos e sociais, além dos econômicos, de todos os cidadãos, não somente os da classe média. Como exemplo temos as leis que regulam as horas de trabalho, os salários, a educação acessível, o trabalho de crianças, de maneira que o Estado passa também a prestar alguns serviços básicos. A

tadas (minorias da população) como as classes populares, desde que preencham determinados requisitos. Poder-se-ia pensar também na substituição do sistema majoritário para o sistema proporcional, que asseguraria uma adequada representação também às minorias, impedindo a maioria de abusar do próprio poder e, portanto, a democracia de virar tirania.

3.2.3. Democracia Mista

A alternância das duas formas anteriores faz surgir uma nova modalidade, sendo a democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo. Assim, o Parlamento vota as medidas legislativas **ad referendum** do corpo eleitoral, dotado de mecanismos que o fazem participar diretamente das funções governamentais, como o *referendo* (ratifica ou rejeita o projeto aprovado), a *iniciativa popular*, o *direito de revogação*, a *ação popular*, o *plebiscito* (autoriza a formulação da medida requerida).

3.3 Condições Necessárias para o Êxito da Democracia

3.3.1. Economia e Política

Aristóteles chamou a atenção para a base econômica da política; outros autores, como Gual Villabi, referem-se à base política da economia: "o econômico esteve sempre subordinado ao político. Isso é demonstrado no fato de que mesmo quando a economia é deixada num regime de liberdade, é porque a política entende que este sistema liberal é o que convinha aos interesses sociais, e quando a política entendeu que deveria sujeitá-la, o fez sem maiores dificuldades²⁴". De qualquer maneira, resta-nos admitir a interdependência desses conceitos como algo até

mesmo anterior à doutrina marxista. A democracia, desta forma, não pode advir apenas politicamente, ou seja, é inconcebível democracia política com oligarquia econômica, visto que a maioria política tentaria modelar a economia através de seu poder político, enquanto que a oligarquia tentaria se valer do domínio econômico para manipular a política.

3.3.2. Política e Sociedade

Para que haja êxito numa democracia, faz-se necessária a consideração de alguns fatores culturais, independentes do plano econômico. Assim, a democracia não pode ser colocada repentinamente num Estado de tradições autoritárias, o que só pode ocorrer depois de um período de educação e preparação do povo e dos líderes políticos para os ideais democráticos. É o que se chama de "senso cívico dos cidadãos". Rodee fala de duas condições básicas para o funcionamento da democracia: deve-se ter uma sociedade com cultura relativamente homogênea, do contrário haverá instabilidade política, além de uma comunidade de cidadãos alfabetizados e razoavelmente bem educados, educação esta não de forma pactual e vocacional, que deixe de encorajar o pensamento crítico, porque um público educado e indiferente é tão perigoso quanto um público analfabeto.²⁵

3.4 Críticas à Democracia Atual

Nas democracias, por mais que se atenda aos interesses da maioria, estes são sempre parciais, e a minoria fica geralmente esquecida. O resultado disso é uma maior propagação dos conflitos, aumentando a dificul-

²⁴ Apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit. p. 08

²⁵ RODEE, Carlton Clymer. Op. cit. p. 129/9

dade em resolvê-los. Outra característica da democracia é a existência de um poder difuso e fragmentado; difuso porque possui mais de um centro de poder e a fragmentação pode ocasionar a concorrência entre seus titulares, gerando um conflito à segunda potência. O que na verdade se demonstra é que as democracias reais, não a ideal de Rousseau, são sempre limitadas, já que à maioria não é permitido questionar acerca da validade dos direitos fundamentais. As soluções para os problemas aqui apresentados terminam por desencadear formas autoritárias de governo, ou seja, as falhas da democracia são inerentes ao próprio regime democrático, de modo que não há a possibilidade de uma tomada radical de posição sem colocar em risco a democracia.

Independentemente da formulação de críticas de ordem prática, deve-se salientar que os princípios democráticos são suficientemente flexíveis para permitirem a incorporação de outras características à sua forma de governo. Dessa maneira, a democracia se conserta através dos próprios mecanismos democráticos. Não há provas históricas demonstrando que qualquer outro regime político é melhor do que a democracia: as teorias de superioridade de raças, classes ou credos não possuem fundamentos científicos, bem como as autoridades postas segundo a representação da vontade divina. Devemos ter em mente que todas as formas de governo são imperfeitas, porque as características de governo simplesmente refletem as características do homem. Por Winston Churchill: Democracy is the worst form of government - with the exception of all the rest.

4. O encontro do liberalismo com a democracia

O liberalismo moderno, fundamentado na liberdade, é por muitos considerado a oposição ao regime democrático antigo, cujo embasamento advém da igualdade. A democracia clássica desconhecia a limitação estatal como forma de assegurar os direitos naturais inerentes à espécie humana; da mesma forma, os moderados liberais defenderam o sufrágio restrito durante todo o século XIX (à exceção da Nova Zelândia, onde a mulher votou em 1893). No século XX, antes de 1914 (antes da I Guerra, na qual haveria afirmação das capacidades femininas) apenas 3 países davam à mulher oportunidade de igualdade política, a saber: Austrália, em 1902; Finlândia, em 1906; Noruega, em 1913. Atualmente a democracia moderna não só não é a contradição do liberalismo como também é considerada por muitos o natural prosseguimento do mesmo, desde que se tome a democracia em seu sentido jurídico-institucional (democracia como governo do povo) à revelia do sentido ético (democracia como governo para o povo). Nessa segunda acepção, a relação entre o liberalismo e a democracia se configura no interminável impasse entre liberdade e igualdade, especialmente se este estiver relacionado com a esfera econômica, no sentido de que não se pode ter uma sociedade liberal no sentido econômico e, ao mesmo tempo, igualitária. Enquanto que a liberdade pressupõe o individualismo, o conflito e a pluralidade, a igualdade se refere ao todo, à harmonia, ao monismo. "Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é

o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares"²⁶, converge Bobbio. Sobre esse ponto, a ideologia liberal e burguesa torna-se dominante no contexto da Revolução Francesa de 1789; em 23 de julho de 1795, Boissy d'Anglas afirma: "Deveis garantir a propriedade do rico. A igualdade civil, eis tudo quanto o homem razoável pode exigir. A igualdade absoluta é uma quimera; para que pudesse existir, seria necessário que houvesse uma igualdade total de espírito, de virtude, de força física, de educação, de fortuna. Devemos ser governados pelos melhores; os melhores são os mais instruídos e os mais interessados na manutenção das leis; ora com muito poucas exceções, não encontrareis homens desse tipo senão entre os que, possuindo uma propriedade, estão vinculados ao país que a encerra, às leis que a protegem, à tranquilidade que a conserva. Um país governado pelos proprietários está dentro da ordem social; o país onde os não proprietários governam acham-se em estado de Natureza"²⁷. O princípio democrático só encontrou espaço na Revolução para unir as forças do Terceiro Estado, considerando que havia muita divergência acerca dos fins a serem atingidos. O sufrágio universal, pressuposto da igualdade democrática, ainda hoje sofre algumas limitações, não no plano da maioria, mas no plano intelectual e financeiro. Stuart Mill exclui do direito ao voto tanto os analfabetos como os que vivem de esmolas, apesar de ser a favor do voto feminino. Além disso, defende o "voto plural", ou seja, os mais ricos e mais instruídos devem votar mais de uma vez, como que para compensar a escolha dos mais pobres e ignorantes.

26 Apud BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 39

27 Apud SOBOUL, A. *História da Revolução Francesa*, 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1974, p. 399/400

37 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* in nota 10, p. 16

Há, todavia, uma forma de igualdade que não somente é compatível com a liberdade, como também é solicitada pela doutrina liberal: a igualdade na liberdade. Daí vêm dois princípios fundamentais do Estado Liberal: igualdade perante as leis e igualdade dos direitos. Como exemplo, temos o encerramento do preâmbulo da Constituição Francesa de 1891: "não existem mais para parte alguma da nação, nem para algum indivíduo, qualquer privilégio ou exceção ao direito comum de todos os franceses".

Nenhuma dessas formas de igualdade relaciona-se com a igualdade democrática, que persegue, até certo ponto, a igualdade econômica, distanciando-a dos ideais liberais. Então, de que maneira podemos afirmar que a democracia pode ser entendida como a evolução natural do liberalismo? Quando partimos da democracia, não em seu significado substancial, e sim o procedimental, ou seja, ao invés de considerarmos o ideal igualitário, veremos a forma política da soberania popular. A consolidação dessa soberania advém da atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar das decisões, isto é, a maior extensão dos direitos políticos até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino.

Historicamente, o Estado jurídico (liberal) alcançou sua experiência clássica através da Revolução Francesa. Entretanto, no momento em que a burguesia se apodera do controle político da sociedade, perde o interesse de manter, na prática, a universalidade dos princípios colocados na Revolução, como o princípio da igualdade democrática. A decadência desse modelo liberal veio notadamente no século XIX, quando se iniciaram os movimentos operários e a teorização do socialismo, através do "Manifesto Comunista" de Marx e Engels, em 1848. Destarte, da liberdade do homem perante o Estado, avança-

se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal; do princípio liberal, chega-se ao democrático; do governo de uma classe, ao de todas as classes e, finalmente, ao sufrágio universal.

4.1 O Estado Liberal-Democrático, Fruto de uma Contradição Doutrinária

A existência, no século XVIII, do despotismo esclarecido, e a atual permanência das monarquias constitucionais, denotam que a limitação do poder estatal não segue, necessariamente, a forma democrática. A idéia essencial do liberalismo não é a "presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito²⁹". A propriedade, direito demasiadamente defendido pelos liberais, sobretudo por Locke, é a fonte da desigualdade para os democratas, especialmente Rousseau: "O primeiro que cercou um terreno, advertindo: 'este é meu', e encontrando gente muito simples que acreditou, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Que crimes, que guerras, assassinatos, misérias e horrores teria poupado ao gênero humano aquele que (...) tivesse gritado a seus semelhantes: 'não escutem este impostor; vocês estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos, que a terra não é de ninguém'. Desde o instante em que um homem teve necessidade da ajuda de um outro, desde que ele percebeu ser conveniente para um só ter provisões para dois, a igualdade desapareceu, a propriedade se introduziu, o trabalho tornou-se necessário e as vastas flo-

29 Apud ARRUDA, José Jobson de A. Op. cit. p. 120

restas se transformaram em campos risonhos que passaram a ser regados com o suor dos homens e nos quais vimos então a miséria e a escravidão germinarem e crescerem com a colheita".²⁹

A teoria contratualista de Rousseau demonstra que os homens, em sua fase inicial, eram iguais e o contrato social surge para que cada um obedeça apenas a si mesmo. Não há a preocupação de deter a soberania popular através da dissociação de poderes, o que posteriormente gera uma contradição, quando posto ao lado do "Espírito das leis" de Montesquieu, na Revolução Francesa. Enquanto Rousseau pregava como um dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, Montesquieu e Constant sustentavam a doutrina da separação de poderes.

4.2 O Estado Liberal-Democrático

A despeito do aspecto contraditório que possui seus princípios, a burguesia da Revolução Francesa soube conciliar a doutrina liberal e a democrática, de modo que fez surgir o Estado liberal-democrático. Esse nexos recíproco, no entanto, só foi possível porque suas teorias partem de um ponto comum: o indivíduo.³⁰ O organicismo democrático considera o Estado como um todo composto de partes que apenas dão vida ao corpo (ou seja, sem autonomia), já o individualismo considera o Estado como um conjunto de indivíduos livres, que permanecem sendo protagonistas da atividade estatal. No primeiro caso, o Estado é formado antes do indivíduo; no segundo, primeiro vem o indivíduo para só a partir de então advir o Estado.

29 Apud BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 45

30 Apud BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 53

Considerando a democracia como a extensão dos direitos políticos a todos os cidadãos maiores, temos sua primeira grande afirmação pós-clássica dentro da Inglaterra (que fora berço do liberalismo, no século XVII), através do "Pacto do Livre Povo Inglês", contrariando o princípio de que apenas os proprietários poderiam participar. A partir daí, os processos de liberalização e de democratização continuaram a se desenvolver pelos séculos XVIII e XIX, ora conjunta, ora separadamente, conforme o alargamento do sufrágio fosse considerado limite ou necessidade do progresso estatal. Esquemáticamente, a relação entre o liberalismo e democracia pode ser representada segundo três combinações¹¹: a) liberalismo e a democracia são *compatíveis* (relação de possibilidade) e, portanto, componíveis, no sentido de que pode existir um Estado liberal e democrático, sem, porém, que se possa excluir um Estado liberal não-democrático e um Estado democrático não-liberal; b) o liberalismo e a democracia são *antitéticos* (relação de impossibilidade), no sentido de que a democracia levada às suas extremas conseqüências termina por destruir o Estado liberal (como sustentam os liberais conservadores) ou pode se realizar plenamente apenas num Estado Social que tenha abandonado o ideal do Estado mínimo (sustentado pelos democratas radicais); c) liberalismo e democracia estão *ligados necessariamente* um a outra (relação de necessidade), no sentido de que apenas a democracia está em condições de realizar efetivamente os ideais liberais e apenas o Estado liberal pode ser a condição de realização da democracia.

O moderno conceito de Estado de Direito pressupõe o Estado liberal-democrático, porque em tempos hodiernos, somente a democracia poderia realmente assegurar os direitos fundamentais do indivíduo. Por outro lado, o

respeito aos direitos fundamentais é condição essencial para o bom funcionamento da democracia. Destarte, a melhor proteção contra os abusos do poder reside na maior participação popular dentro da esfera estatal, levando em consideração que o respeito às liberdades individuais, como a liberdade de escolha dos representantes, é necessário para um eficaz governo da maioria.

O contraste contínuo entre a exigência dos liberais, para que o Estado governe o mínimo possível e a exigência dos democratas, para que o governo esteja cada vez mais nas mãos dos cidadãos reflete os dois modos de se entender a liberdade, costumeiramente chamados de liberdade negativa e liberdade positiva. Como em toda a sociedade sempre existiu uma ou outra, o contraste benéfico entre tais liberdades não é algo que pode ser resolvido de uma vez para sempre, pelo contrário, caminham juntas num constante e recíproco aperfeiçoamento.

5. Conclusão

A relação entre o liberalismo e a democracia é contingente, embora tenham andado juntos e apareçam como produtos do espírito moderno oriundo da Revolução Francesa. A democracia liberal traz em si contradições que funcionam como obstáculos ao perfeito funcionamento do Estado de Direito; se por um lado os liberais pregam a liberdade individual para estimular a concorrência e desenvolver as capacidades de cada um, por outro as idéias democráticas de distribuição igualitária do poder econômico e político ficam impossibilitadas.

As contradições inerentes ao atual Estado de Direito não prevêm, no entanto, a falência do liberalismo democrático, conforme afirmam os socialistas. O socialismo e

a democracia trazem consigo relações de possibilidade, de impossibilidade (por parte dos democratas liberais ou dos defensores da ditadura do proletariado) ou de necessidade (os Estados sociais-democratas), tais como são postos no liberalismo e na democracia. Sobre o Estado Social, convém ressaltar que se se planeja atingi-lo a partir do alargamento da democracia, seria contentar-se com a incerteza do interesse majoritário; de outro modo, se a transformação socialista da sociedade vier através de uma revolução, seria renúncia, ao menos preliminarmente, do método democrático.

O Estado Social pretende ser uma fase posterior ao Estado de Direito liberal-democrático e anterior ao Estado socialista. Desse paradoxo surgem as críticas liberais, afirmando uma diminuição da liberdade individual no Estado Social, e também as críticas socialistas, sugerindo que a mediação entre o velho e o novo apenas serviriam de impasse para a concretização do socialismo.

A evolução da liberal-democracia não desembocará no Estado Social necessariamente; contudo, para que haja perfeita identificação do Estado de Direito com o Estado liberal-democrático deve-se acrescentar ao modelo da Revolução Francesa os elementos de reforma e humanismo, com o intuito de assemelhar a liberdade à justiça e a igualdade ao direito.

6. Bibliografia

- AFTALIÓN, Enrique R. *Introducción al Derecho*. Tomo II. El Ateneo. Buenos Aires, 5. ed., 1956.
- ARRUDA, José Jobson de A. *História Moderna e Contemporânea*. 23. ed. Ática, SP, 1990.
- BENES, Edvard. *Democracia de Hoje e de Amanhã*. Trad.

de Jfri Reiszman. Ed. Calvino RJ, 1945.

- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Ed. Brasiliense. 5. ed. SP, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Fundação Getúlio Vargas. 3. ed. RJ, 1972. - Ciência Política. Forense. 3.º ed. RJ, 1976
- DUVERGER, Maurice. *Os Regimes Políticos*. Trad. de Geraldo Gerson de Souza. Difusão Européia do Livro. São Paulo. 2. ed., 1966.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas. 2. ed. SP, 1994.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. Saraiva. 6. ed. SP, 1983. *Curso de Direito Constitucional*. CEPE. 2. ed. Recife, 1970.
- FURET, François. *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*. Trad. de Henrique Mesquita. Nova Fronteira, RJ, 1989.
- HOBBSAWM, Eric J. *Era dos Extremos: o breve século XX. 1914/1991*. Trad. De Marcos Santarrita. Companhia das Letras. SP, 1995.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Aulas ministradas na FDR durante o 1º semestre do ano de 1995 sobre Teoria Geral do Estado I. Liberalismo e Democracia*. Faculdade de Direito de Caruaru. Caruaru, 1979.
- RODEE, Carlton Clymer. *Introdução à ciência política I*. Trad. de Marco Aurélio de Moura Matos. Agir, RJ, 1977.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Editorial Revista de Direito Privado. Madri, 1934.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*

Positivo. Ed. RT. 5º ed. SP, 1989.

SOBOUL, A. *História da Revolução Francesa*. Zahar. 2º ed. RJ, 1974.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Fundação Getúlio Vargas. RJ, 1968

A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE

Sergio Torres Teixeira

Juiz do Trabalho, Presidente da 2ª JCJ de Jaboatão dos Guararapes/PE; Professor da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE; Mestre em Direito.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aplicação do Direito pelo Magistrado. 3. Criação do Direito pelo Magistrado. 4. Jurisdição Normativa dos Tribunais do Trabalho. 5. Atividade Criadora do Juiz: Conclusões.

1. Introdução

A inevitável conflitos de interesses no meio social gera a necessidade de se estabelecer mecanismos de composição desses conflitos sociais. E entre os métodos criados pelo homem, encontra-se o do processo judicial, concretizado através da atuação daquele agente político investido no *munus* público de julgador das contendas: o juiz¹.

A chamada atividade judicante do magistrado, exercida no desempenho da sua função jurisdicional, revela uma natureza política peculiar, notadamente quando focalizada sob a perspectiva de atividade de aplicação e de criação de Direito.

¹ O juiz, neste sentido, é visualizado como a pessoa física que, em nome do estado, exerce o poder jurisdicional (Humberto Theodoro Jr., *CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, vol. I, 17ª edição, 1995).

O presente estudo almeja proceder exatamente a um exame de tal atividade, expondo a prática judiciária do juiz à luz de considerações sócio-filosóficas.

Inicialmente, será objeto de apreciação a atuação do magistrado enquanto aplicador do direito, destacando a sua participação no processo lógico de esquemas normativos.

Após tal exposição, se realizará um estudo mais aprofundado acerca da atividade criadora do magistrado, vislumbrando a formulação de normas jurídicas concretas e de regras jurídicas abstratas através do exercício da função jurisdicional.

Em seguida, será focalizada uma atividade peculiar à Justiça do Trabalho, a chamada *jurisdição normativa*, analisada como um verdadeiro poder criador do Judiciário.

Ao final do estudo, por fim, será apresentado uma conclusão pessoal, com um resumo das principais constatações verificadas durante o decorrer da exposição.

Apesar do alto grau de complexidade do tema em tela, por representar uma análise crítica da própria essência da magistratura, a importância da discussão de matéria justifica o desafio a ser enfrentado.

À missão.

2. Aplicação do Direito Pelo Magistrado

*“O objetivo último da Ciência do Direito é o caso individual e a sua decisão. Seu objetivo próprio é a prática jurídica; trata-se de uma ciência prática à medida que se põe a serviço de fins práticos”.*²

² Helmut Coing (FUNDAMENTOS DA FILOSOFIA DO DIREITO, editora Ariel, 1976, p. 267), apud Antônio Carlos de Campos Pedroso (NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUALIZADAS, editora Saraiva, 1993, p. 54).

A aplicação do direito consiste na passagem, voluntária ou forçada, de uma situação abstrata e generalizadora para uma segunda posição, concreta individualizadora. Tal processo lógico de aplicação de regras jurídicas, mediante o qual o abstrato se torna concreto e o genérico em individual, denomina-se aplicação de normas de direito³.

Segundo o clássico Carlos Maximiliano⁴, a aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada, submetendo às prescrições do ordenamento normativo uma relação da vida real, tendo por objeto o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

Dentro desse processo lógico de aplicação do direito, recebe a nomenclatura de “subsunção” o enquadramento das situações fáticas nos conceitos normativos. A regra jurídica, por ser de índole genérica, procede por abstração, referindo-se a uma série de casos hipotéticos e não a situações individualizadas, fixando tipos. Devido a esta abstração, ocorre a norma se afasta da realidade empírica, provocando uma distância entre a regra e a realidade empírica. Mas tal distância é superável, pois a nota de tipicidade que caracteriza a norma genérica autoriza o enquadramento dos fatos nos conceitos normativos.

Dentro do processo judicial, no desenvolver da sua atividade jurisdicional, incumbe ao Juiz realizar esse procedimento de subsunção.⁵

³ Vide Eduardo García Máynez (INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, 16ª ed., Porrúa, 1969, p. 84).

⁴ Na sua obra HERMENÉUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO (2a. ed., Editora Globo, 1933, pp. 18 e 19), Carlos Maximiliano apresenta brilhante raciocínio referente à respectiva temática, lecionando que o “Direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos ou consuetudinários. Assim resulta a Aplicação, voluntária quase sempre; forçada muitas vezes.”

⁵ Vide Luiz Flávio Gomes (A DIMENSÃO DA MAGISTRATURA, editora RT, 1997).

A aplicação do direito é dever de todos os integrantes da sociedade. A ordem jurídica, compreendida como um complexo de normas que tem por objeto assegurar que os comportamentos sociais se ajustam às expectativas socialmente estabelecidas, existe para ser observada. O Direito, assim, existe para ser obedecido, isto é, para ser aplicado.

Todos os agentes, ao agirem regularmente no meio social, seguem regras de conduta previamente estipuladas, e, por conseguinte, aplicam o Direito. A realização voluntária e espontânea do direito pelos integrantes da sociedade, assim, é considerada a principal demonstração da moderna vida civilizada.

A aplicação do direito, por sua vez, pode igualmente ocorrer mediante a imposição da força coercitiva do Estado.

Neste diapasão, a função judicante guarda laços estreitos com o fenômeno da aplicação do direito.

Ao juiz, enquanto membro do Poder Judiciário encarregado do exercício da função jurisdicional, incumbe assumir a tarefa de aplicar o direito ao caso concreto, declarando o direito incidente e impondo a sua efetivação, para então solucionar a lide submetida à apreciação do Estado-Juiz. Para o magistrado, enquanto órgão judicante, a aplicação do direito não corresponde a um simples ato praticado por um homem comum, no exercício de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico. Constitui, isso sim, o cumprimento de um dever, de uma imposição como decorrência de competência legal⁶.

A expressão "aplicação do direito", nesse, revela um sentido específico quando analisada à luz do atividade jurisdicional.

⁶ Vide Miguel Reale (LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO, 16a. ed., Editora Saraiva, 1988, p. 291).

Incumbe ao Poder Judiciário, como um dos três poderes estruturais do Estado Moderno, a tarefa principal de solucionar os conflitos levadas à sua apreciação mediante uma fórmula complexa: declarar com especificidade o direito material aplicável ao caso concreto e efetivar a norma consagrada no ordenamento jurídico através da sua aplicação coercitiva, caso a parte sucumbente se recusar a cumprir espontaneamente o estabelecido no comando sentencial⁷.

A finalidade primordial da atividade jurisdicional, portanto, é a heterocomposição de contendas através da realização, coercitiva e concreta, de interesses tutelados em abstrato pelo ordenamento jurídico, quando, pelo descumprimento das respectivas normas, tais interesses não são satisfeitos de forma voluntária pelos agentes aos quais as regras de direito são dirigidas.⁸

A atividade judicante, entretanto, não se limita a uma mera análise da relação entre a hipótese concreta e a norma genérica e a posterior efetivação forçada desta última. A atuação do juiz não corresponde a um simples silogismo envolvendo a norma abstrata e o fato (conflito) social, no qual a norma jurídica é a premissa maior e o caso (e seus fatos) a premissa menor, com a sentença ju-

⁷ Pontes de Miranda, no seu COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Revista Forense, 1958, v. II, p. 195) sustenta que "Organizando a Justiça, para que se decidam os conflitos, para que se estabeleça a paz entre os indivíduos, ou entre indivíduos e grupos, duplo é o papel que o Estado assume: 1) realizar o direito objetivo, isto é, quando a lei, que incidiu num caso, não foi aplicada, aplicá-la, para que incidência e aplicação coincidam; 2) dirimir as contendas, que perturbariam a ordem social e levariam para o campo da força bruta a solução das divergências ou entre indivíduos e grupos, ou entre grupos". O controvertido Hans Kelson, por outro lado, argumenta na sua obra TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO (Editora U. de Brasília, 1990, p. 267) que a função judiciária consiste, essencialmente, em dois atos: "Em cada caso concreto, 1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e 2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral na norma a ser aplicada".

⁸ Apud Wilson de Souza Campos Batalha, TRATADO DE DIREITO JUDICIÁRIO DO TRABALHO, 2a. ed., Editora LTr, 1985, p. 35.

dicial traduzindo a conclusão de um processo lógico.⁹

O Juiz não é um mero aplicador de um direito preexistente, como sustentava Montesquieu¹⁰, pois ao aplicar um preceito jurídico genérico, o magistrado insere no ordenamento jurídico algo novo, criado pelo próprio processo: uma norma jurídica individualizada.

3. Criação do Direito pelo Magistrado

O brilhante (e polêmico) Hans Kelson, na sua visão da dinâmica jurídica exposta na sua famosa TEORIA PURA DO DIREITO¹¹, leciona que a atividade judicante do juiz não se limita à simples aplicação de um Direito preexistente. Nos seus pronunciamentos, segundo Kelson, os órgãos jurisdicionais aplicam normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, constituindo essa atividade numa via de criação do Direito através

9 Vide Edgar Carlos de Amorim (*O JUIZ E A APLICAÇÃO DAS LEIS*, 2ª ed., editora Forense, 1992), Plauto Faraco de Azevedo (*APLICAÇÃO DO DIREITO*, editora RT, 1996, p. 120) e João Baptista Herkenhoff (*COMO APLICAR O DIREITO*, 2a. ed., Editora Forense, 1986, p. 10). Angel Latorre, no seu *INTRODUÇÃO AO DIREITO* (Livreria Almedina, Coimbra, 1978, pp. 102 e 103), apresenta curiosa crítica a tal tese "mecânica". Antônio Carlos de Campos Pedrosa (*NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUALIZADAS*, Editora Saraiva, 1993, p. 152), igualmente apresenta conclusões pertinentes à temática, em minucioso estudo sobre a atividade decisória do magistrado.

10 O filósofo, na sua obra *DE L'ESPRIT DES LOIS*, menospreza a atuação do magistrado, afirmando que aos juizes, para bem aplicar a lei, "bastam-lhe olhos".

11 Na obra *TEORIA PURA DO DIREITO* (3a. ed., Armênio Amado Editor, 1974, p. 328), Kelson leciona que "os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas quanto ao seu conteúdo pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena. Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até à execução da sanção. Este processo no qual o Direito como se recria em cada momento, parte do geral (ou abstracto) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente. (...) Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa."

de um processo de individualização ou concretização¹². Dentro desse processo, normas abstratas preexistentes são aplicadas aos casos concretos submetidos à apreciação, mas através da criação de uma nova regra jurídica individual. O processo judicial, destarte, corresponde a um processo de produção jurídica, e a função judicante, a uma função de índole normativa.

A decisão judicial, assim, não tem um simples caráter declaratório, ensina Kelson, pois a atuação do juiz não se restringe a uma simples atividade de descobrir e declarar um direito "já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída".

Na realidade, a natureza da sentença proferida num processo judicial é primordialmente de teor constitutivo¹³. Através da decisão judicial, o magistrado cria para cada caso uma situação jurídica que antes inexistia, pois a norma individual (a regra sancionadora contida na parte dispositiva do julgado) somente é criada com a conclusão da fase decisória. Antes desta, não tinha qualquer vigên-

12 J.J. Canotilho (obra citada, pp. 153 a 165), disserta sobre o processo de concretização da constituição, indicando como um dos sujeitos concretizantes os órgãos jurisdicionais, encarregados da chamada concretização judicial. O raciocínio do notável constitucionalista de origem portuguesa, por sua vez, guarda forte semelhança com as idéias de Kelson. Este último, na obra *TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO* (Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 147) afirma que "a partir da perspectiva dinâmica, a decisão do tribunal representa uma norma individual, a qual é criada com base numa norma geral de Direito estatutário ou consuetudinário do mesmo modo que essa norma geral é criada com base na constituição. A criação da norma individual pelo órgão aplicador de Direito, especialmente pelo tribunal, deve ser sempre determinada por uma ou mais normas gerais pré-existentes."

13 Wilson de Souza Campos Batalha (obra citada, p. 541), ao dissertar acerca da natureza jurídica da sentença judicial, sustenta que a decisão proferida por um órgão jurisdicional constitui um ato criador do direito, in concreto, por conclusão dos princípios e por determinação particular: "a sentença judicial não constitui ato de mera lógica, mas processo criador do direito, na descida do geral e abstrato para o particular e concreto, a que não são alheios os critérios de valoração (justiça, bem comum, segurança). Nesse ato criador, o juiz não se encontra desligado de critérios (seria o arbítrio, contrário ao Direito), mas vinculado às normas superiores, delas podendo inferir conclusões dos princípios genéricos convenientemente interpretados à luz das valorações, ou por determinação particular dentro dos claros que as normas lhe confiam para preencher." Vide ainda *FUNCIONA CREADORA DEL JUEZ*, de Alberto Vicente Fernandez (Albeledo-Perrot, 1980).

cia. A individualização de uma norma abstrata através da atividade judicante, pois, sempre corresponde a uma determinação de elementos ainda não determinados pela norma geral. Por mais minuciosa que seja esta, a norma individual oriunda da decisão sempre acrescentará algo de novo.

O julgador, destarte, sempre terá uma função normativa, pois o conteúdo jurídico de sua decisão jamais poderá ser completamente determinada pela norma genérica preexistente. Incumbe ao magistrado, à luz de normas genéricas (de origem estatal e/ou social) compor o conflito através da constituição de uma nova situação jurídica que irá solucionar a contenda entre as partes litigantes. Ao sentenciar, o juiz não apenas aplica o Direito preexistente, mas também cria uma norma jurídica individual incidente sobre o caso concreto através da realização de uma investigação de natureza político-jurídica¹⁴.

O jurista Antônio Carlos de Campos Pedrosa¹⁵, ao comentar as lições de Kelson, comunga com o entendimento segundo o qual à atividade judicante é inerente um poder criador e normativo (salientando que tal natureza é necessária ao desenvolvimento do Direito e à obtenção do “justo” concreto), mas afirma que a “*sentença é muito mais do que pretende Kelson*”.

Para Pedrosa, a sentença é um ato de construção prudencial, constituída por sucessivas valorações de cunho equitativo, que se manifesta sob a forma de uma norma individualizada. A tarefa do julgador, assim, é a indivi-

dualização de tipos jurídicos genéricos, que se opera através da solução equitativa dos casos. O juiz, tendo em vista as regras abstratas, deve prolatar a sentença almejando traduzir a justiça, estipulando uma norma concreta adequada que garanta um resultado útil e justo através da adaptação prudencial da diretriz genérica. O resultado final da sua atuação, segundo Pedrosa, é a *equidade*, como justiça do caso concreto¹⁶.

A atividade criadora do juiz, assim, se manifesta na norma concreta individualizada contida no dispositivo da sentença.

O professor Arnaldo Vasconcelos, por seu turno, aprecia na sua obra TEORIA DA NORMA JURÍDICA aquilo que ele denomina de Direito Judicial¹⁷, assumindo um posicionamento ainda mais inovador. Segundo o mencionado mestre, “*é certo que o legislador faz a lei, mais esta não é Direito. O que nela está é a previsão daquilo que pode vir a ser Direito. E quem declara oficialmente que a previsão foi realizada é o Juiz*”.

Essa função criadora do magistrado, por sua vez, revela-se ainda mais nítida quando apreciada em face à problemática das lacunas da ordem jurídica.¹⁸

Quando inexistente uma norma genérica incidente sobre o caso concreto, incumbe ao juiz criar de forma explícita algo já implícito no sistema jurídico, estabelecendo uma norma concreta relativa a uma hipótese não pre-

16 Para Pedrosa, equidade corresponde à justiça do caso concreto

17 3a. ed., Malheiros Editores, 1993. Vasconcelos aparentemente segue a doutrina do jurista americano J.C. Gray, segundo a qual todo Direito é Direito criado por Juiz, sendo os magistrados antes os criadores que os descobridores do Direito.

18 Hans Kelson, na sua TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO (pp. 148 e 149) leciona que “ao ordenar uma sanção, o tribunal é sempre um legislador, já que ele cria Direito, exatamente como o legislador é sempre um órgão aplicador de Direito, já que na legislação é aplicada a constituição. No entanto, o tribunal é mais legislador se não for obrigado por Direito Substantivo, mas apenas por Direito Adjetivo; se ele for autorizado a criar o Direito Substantivo para o caso concreto sem que a sua decisão seja determinada por uma norma preexistente de Direito Substantivo”.

14 Vide Lourival Vilanova em AS ESTRUTURAS LÓGICAS E O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

15 Em NORMAS JURÍDICAS INDIVIDUALIZADAS (Editora Saraiva, 1993, pp. 148 a 172), Pedrosa disserta sobre a natureza da decisão judicial apresentando inúmeras conceituações acerca da sentença, entre as quais as seguintes: “...a sentença é um ato de entendimento, de vontade, e de criação normativa...a sentença é um ato valorativo que revela a equidade...a sentença é um ato de construção prudencial que se manifesta sob a forma de uma norma individualizada...”.

vista em lei mas submetida à apreciação do órgão jurisdicional, integrando o sistema normativo através do preenchimento da lacuna.¹⁹

O magistrado, assim, ao apreciar um caso concreto cuja composição não encontra-se disciplinada pelas regras abstratas do sistema normativo, deve criar uma norma concreta oriunda não de uma regra genérica, mas decorrente dos demais elementos que compõem a ordem jurídica, como os princípios gerais do Direito. Inexistindo uma norma abstrata, a criação do Direito revela-se ainda mais evidente na construção de uma norma individual, já que todo o processo de formulação ocorreu na sede jurisdicional.

Para Vasconcelos²⁰, essa atividade criadora diante do problema da integração do ordenamento jurídico é um dever de ofício do magistrado, decorrente do próprio exercício da função jurisdicional. Independe da simples determinação do juiz, uma vez que este encontra-se obrigado a criar o Direito quando há um hiato normativo, devido a princípios constitucionais e legais que revestem a nobreza de direitos e garantias do cidadão consagrados pelo Estado moderno. No sistema jurídico pátrio, por exemplo, existem diversos dispositivos legais estabelecendo, explícita ou implicitamente, o princípio da não-de-

¹⁹ Maria Helena Diniz, na obra *AS LACUNAS NO DIREITO* (2a. ed., Editora Saraiva, 1989) examina de forma exaustiva a atividade criadora do magistrado em face às lacunas, salientando que tal atuação não é incondicionada, pois não há uma criação livre e sem freios, mas sim uma função normativa com parâmetros previstos no ordenamento jurídico.

²⁰ Obra citada, p. 189.

negação de justiça²¹.

Diante do dever *ex officio* inafastável de julgar as demandas ajuizadas e da omissão legislativa, sustenta Vasconcelos, nada restaria ao juiz senão criar o direito para aquele caso concreto.

A atividade criadora dos órgãos jurisdicionais, no entanto, não se limita à criação de normas jurídicas individuais. Mediante a atividade judicante dos tribunais, é possível também verificar a criação de normas gerais, ou seja, de normas aplicáveis não apenas a um caso concreto, mas a outros casos similares que eventualmente serão apreciados pelos tribunais. E tal manifestação do poder normativo do Judiciário encontra repouso na jurisprudência dos tribunais.

Jurisprudência significa o conjunto de decisões uniformes e reiteradas dos tribunais, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. Através da repetição harmônica de decisões acerca de um mesmo tema, o órgão jurisdicional de segunda ou terceira instância estabelece uma norma genérica que servirá de diretriz à atuação do próprio órgão e dos juízos de instância inferior. Algumas dessas normas jurisprudenciais são consagradas de forma expressa atra-

²¹ Destacam-se os seguintes dispositivos: artigo 5o., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; artigo 4o. da Lei de Introdução ao Código Civil: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; artigo 75 do Código Civil: a todo direito corresponde uma ação que o assegure; artigo 126 do Código de Processo Civil: o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; e artigo 8o. da Consolidação das Leis do Trabalho: as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

vés de um processo de uniformização que culmina com a edição das chamadas “súmulas de jurisprudência dominante” dos tribunais superiores.

Apesar de não terem, no atual ordenamento jurídico brasileiro, uma força vinculante de pré-julgado (à semelhança com o que ocorre nos países do Common Law), as súmulas apresentam-se como que um suplemento da legislação, servindo de regras norteadores da atuação dos órgãos jurisdicionais. Raros são os cientistas do Direito que não incluem a atividade jurisprudencial dos tribunais como uma das fontes do Direito.²²

A criação do Direito pelos órgãos jurisdicionais, no entanto, não se restringe à criação de normas concretas individuais através da prolação de sentenças ou à criação de normas abstratas e genéricas mediante a atividade jurisprudencial dos tribunais. Existe no Direito Brasileiro uma outra manifestação do poder normativo dos juízes, peculiar ao sistema jurídico nacional.

No Direito Judiciário Trabalhista pátrio, encontra-se consagrado o instituto da jurisdição normativa dos Tribunais do Trabalho.

Devido à natureza *sui generis* de tal instituto, será o mesmo objeto de estudo à parte.

22 Considerável parte dos juristas, assim, consegue vislumbrar a atividade efetivamente criadora dos tribunais. Muitos citam, por exemplo, o teor da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a situação jurídica do concubinato numa época na qual inexistia qualquer espécie de previsão legal a respeito da matéria. A Suprema Corte pátria, assim, efetivamente criou uma regra normativa através de sua atividade sumular, fixando diretrizes acerca de uma questão ainda não objeto de uma regulamentação legislativa. Tal prática revela-se muito comum no Tribunal Superior do Trabalho, devido ao contraste entre a dinâmica das relações trabalhistas e o marasmo do Congresso Nacional quanto à edição de leis em matéria laboral. O recente Enunciado 331 do TST é um exemplo. Tal súmula estabeleceu diretrizes acerca da terceirização (contratação de empresas prestadoras de serviço para a realização de serviços especializados não ligados à atividade-fim da tomadora dos serviços), disciplinando as relações jurídico-trabalhistas entre trabalhadores, empresas prestadoras de serviço e empresas tomadoras de serviço, quando ainda inexistente no ordenamento jurídico qualquer previsão legislativa a respeito.

4. Jurisdição Normativa dos Tribunais do Trabalho

A atividade criadora dos Tribunais do Trabalho vai além da edição de Enunciados (súmulas trabalhistas) contendo a fixação de normas abstratas inexistentes na legislação trabalhista pátria. Existe no sistema jurídico pátrio a chamada jurisdição normativa das cortes laborais, prevista no artigo 114, parágrafo 2o., da Constituição Federal de 1988²³: *Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.*

O saudoso professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Orlando Teixeira da Costa²⁴, definia a jurisdição normativa dos tribunais trabalhistas como o poder atribuído pela Constituição Federal à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar dissídios coletivos de natureza econômica, estabelecendo normas e condições para todos os integrantes de categorias empregada e empregadora afins, quando as mesmas, manifestando antagonismos e divergências, recusam-se a resolvê-los mediante negociação coletiva ou arbitragem.

23 A origem do poder normativo da Justiça do Trabalho se confunde com a própria origem desta. Originalmente, a Justiça do Trabalho não fazia parte do Poder Judiciário, sendo um órgão do Poder Executivo vinculado ao Ministério do Trabalho. Instituída pela Constituição de 1934, apenas com a Carta de 1946 foi incluída como órgão jurisdicional, que previu expressamente a sua jurisdição normativa (artigo 123, parágrafo 2o.: a lei especificará os casos em que as decisões nos dissídios coletivos poderão estabelecer normas e condições de trabalho). A Constituição de 1967/69, por seu turno, reiteirou literalmente as disposições da Carta anterior. Na Consolidação das Leis do Trabalho, a matéria encontra-se disciplinada pelos artigos 856 a 873.

24 DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA NOVA CONSTITUIÇÃO, in Revista LTr 53-11/1.286.

Assim, através do denominado dissídio coletivo de natureza econômica (processo judicial específico destinado à heterocomposição estatal dos conflitos coletivos do trabalho envolvendo condições de trabalho), as entidades sindicais invocam a tutela jurisdicional do Estado-Juiz (os Tribunais Regionais do Trabalho ou o Tribunal Superior do Trabalho) para solucionar o conflito ocorrido entre uma coletividade de trabalhadores e uma ou mais empresas. À Justiça do Trabalho, por conseguinte, é atribuído um poder peculiar de criação de normas jurídicas para a composição dos conflitos coletivos.

O fruto dessa atividade criadora, por sua vez, recebe da doutrina especializada a nomenclatura de *sentença normativa*.

O notável Mario de la Cueva, na sua obra *DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO*²⁵, descreve a sentença normativa como um instituto com corpo de sentença e alma de lei. Assim, apesar de corresponder a uma decisão proferida por um órgão jurisdicional dentro de um processo judicial, a sua juridicidade transcende os limites da demanda, passando o seu teor a ter uma eficácia normativa, com as suas cláusulas integrando o sistema normativo disciplinador das relações individuais do trabalho relativas à coletividade de trabalhadores e empregadores representados no dissídio.

Um dos principais traços distintivos entre a sentença normativa e a sentença ou acórdão proferida num processo de dissídio individual entre empregado e empregador, assim, é a eficácia abstrata daquela decisão. As suas cláusulas, portanto, assumem a posição de normas jurídicas abstratas, aplicáveis às relações individuais dos empregados e empregadores abrangidos pela representação das

25 *EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO*, Editora Porrúa, México, 1972.

entidades respectivas. A sentença normativa, destarte, revela uma natureza híbrida, pois resulta de uma atividade de índole mista: sob a forma externa de procedimento judicial, agasalha em seu bojo uma real manifestação normativa.²⁶

Através do julgamento dos dissídios coletivos, assim, os tribunais trabalhistas atuam como verdadeiros órgãos criadores de Direito, estabelecendo nas decisões proferidas normas genéricas que passam a disciplinar as relações trabalhistas entre os empregados e empregadores abrangidos pela representação das entidades sindicais participantes.

E o fruto dessa atividade essencialmente criadora do Direito, por conseguinte, passa a ocupar a posição de um ordenamento normativo de caráter abstrato.²⁷

Os limites desse poder normativo, por outro lado, encontram-se igualmente previstos no texto constitucional. Afóra a obediência às limitações inerentes ao princípio da harmonia e independência dos Poderes Soberanos do Estado (artigo 2o.), exige-se respeito às disposições convencionais ou legais mínimas de proteção ao trabalho (artigo 114, parágrafo 2o.). Assim, o Judiciário Traba-

26 Pedro Vidal Neto, em excelente monografia intitulada *PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO* (Revista LTr 53-2/155), analisa a controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica do poder normativo da Justiça do Trabalho: "nas primeiras análises da natureza jurídica do poder normativo da Justiça do Trabalho, boa parte da doutrina foi levada a considerá-la como atividade legislativa, visto dar ensejo à criação de novas normas e condições de trabalho. No entanto, a doutrina moderna pouco pode hesitar quanto ao reconhecimento de que se trata de uma atividade jurisdicional. Além de estar demonstrada a dimensão criadora dessa atividade, assinala-se que o poder normativo é manifestação de jurisdição, por fazer-se no processo, mediante provocação, segundo uma pretensão, obedecendo ao contraditório, bem como que se caracteriza como atividade substitutiva. O exercício do poder normativo da Justiça do trabalho é, portanto, concretização de função jurisdicional, cujo **quid** específico consiste na aplicação e interpretação do direito aos casos concretos."

27 Pela praxis dos tribunais, nas próprias sentenças normativas há a expressa previsão do seu período de vigência, quase sempre de um ano. O artigo 873 da CLT dispõe sobre a revisão das sentenças normativas que fixaram condições de trabalho, após decurso de um ano após o dies a quo de sua vigência.

lhista, no exercício de sua jurisdição normativa, não deve concorrer com o Poder Legislativo, nem ultrapassar as fronteiras das regras laborais protecionistas.²⁸

Não concorrer com o Congresso Nacional significa exercer a jurisdição normativa apenas nos parâmetros do processo, ou seja, dentro do âmbito da contenda de natureza coletiva submetida à sua apreciação, observando-se os limites da *litiscontestatio*, criando de acordo com o objeto da postulação. Não deve o tribunal criar Direito mediante julgamento *extra petita*, pois mesmo a jurisdição normativa é uma atividade jurisdicional provocada. O poder normativo corresponde a uma fonte criadora de direito laboral, mas deve ser exercido com respeito aos ditames disciplinadores da função jurisdicional. Incumbe aos tribunais saber dosar tal poder, tendo em vista a necessidade, a conveniência e a oportunidade do julgamento normativo.

O Tribunal do Trabalho, destarte, não deverá estipular na sentença normativa um direito laboral não pleiteado pela entidade sindical representante da classe obreira. Como foi objeto de estudo anterior, não há uma separação absoluta de funções entre os Poderes do Estado, mas no exercício de uma função típica de outro Poder (o Legislativo), o órgão jurisdicional deve observar tais dire-

28 Para Pedro Vital Neto (obra citada), a jurisdição normativa da Justiça do Trabalho é um poder discricionário mas condicionado e limitado pela constituição e pelo sistema de direito positivo. A liberdade para criar, assim, não é absoluta, encontrando limites específicos. Leciona Vital Neto que "a sua dimensão criadora no estabelecer ou modificar de condições de trabalho não pode transcender esses parâmetros. Exprime-se pela revelação de normas latentes no ordenamento jurídico. (...) é importante assinalar que se trata de um poder discricionário, isto é, conforme ao direito, informado também por critérios de oportunidade e conveniência. Não parece haver contradição em se considerar que o poder normativo dos tribunais do trabalho tem natureza jurisdicional e em atribuir-lhe simultaneamente caráter discricionário, dentro de sua esfera de atuação. (...) A atividade criadora do juiz, inspira-se necessariamente na equidade, que é método de interpretação por excelência, significando, nesse passo, equilíbrio, comedimento e harmonização de direitos e de interesses contrapostos."

trizes para não invadir de forma ilegítima a esfera de atuação daquele.²⁹

Respeitar os limites convencionais e legais mínimos de proteção ao trabalho, por outro lado, significa à luz da regra da prevalência da norma mais benéfica³⁰, que a atividade criadora dos tribunais não pode produzir norma que seja prejudicial ao hipossuficiente em face as disposições legais ou convencionais já existentes. Ou seja, a atuação normativa terá por limite tais fronteiras mínimas.

5. Atividade Criadora do Juiz: Conclusões

No exercício de sua função judicante, incumbe ao magistrado compor os conflitos sociais submetidos à sua apreciação, aplicando o Direito ao caso concreto para realizar a Justiça. Ao atuar como aplicador do Direito, no entanto, o juiz não se restringe à mera atividade de subsunção. O seu *mister* não se resume a um simples processo de silogismo mecânico.

A atividade judicante, assim, não se restringe à aplicação de Direito preexistente.

No exercício da sua função jurisdicional, o órgão judicial também executa uma função criadora, formulando regras jurídicas de diversas naturezas. O poder de criar o Direito, assim, não é privativo dos órgãos legiferan-

29 João Régis Teixeira Júnior (O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO - SUA CONSTITUCIONALIDADE E A FORMA COMO VEM SENDO EXERCIDO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, Revista LTr 57-11/1.346) ensina que a esfera de atuação da jurisdição normativa identifica-se com um espaço em branco, mas que o preenchimento desse espaço não pode ser preenchido pelo exercício de uma função autenticamente legislativa, visto que a elaboração de leis está rigorosamente submetido a um minucioso e complexo procedimento legislativo, estritamente regulado pela Constituição. O Ministro Orlando Teixeira da Costa igualmente destaca o dever de não concorrência com o Congresso Nacional (obra citada).

30 Vide Américo Plá Rodriguez, PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO, Editora LTr, 1993.

tes do Poder Legislativo. O Judiciário também atua criando o Direito.

E de diversas formas.

A natureza abstrata do sistema normativo, constituído por regras genéricas, exige do juiz uma atuação criadora na prolação de sentenças judiciais, descendo do geral para o particular mediante um processo de individualização.

O magistrado, ao aplicar a um caso concreto as normas abstratas previstas no ordenamento jurídico, cria uma norma concreta individual que disciplina a situação *sub judice* e compõe o conflito submetido à sua apreciação. À luz de normas genéricas de origem estatal ou extraestatal, o juiz soluciona a contenda mediante a elaboração de uma norma concreta que incide na situação fática em tela, concretizando o abstrato pela criação de regra individual antes inexistente.

O processo judicial, por conseguinte, corresponde a um processo de criação de direito através da concretização de normas genéricas pela formulação de normas individuais.

A sentença judicial, assim, formalmente revela uma índole essencialmente constitutiva, pois é na sua parte dispositiva que ocorre a criação de situação jurídica nova. O magistrado, após percorrer todo o processo de aplicação de Direito, cria um Direito novo como forma de compor o conflito. Corresponde a decisão judicial, pois, a uma construção prudencial manifestada sob a forma de uma norma jurídica individualizada.

O poder criador do órgão judicante, por outro lado, revela-se ainda mais nítido quando exercido como forma de integração do ordenamento normativo. Existindo hiatos na legislação devido à ausência de norma genérica

incidente sobre o caso concreto, incumbe ao magistrado, como dever de ofício indeclinável, preencher tal lacuna através de sua atividade normativa, criando uma norma individual oriunda não de uma regra genérica preexistente, mas resultante dos demais elementos que constituem o ordenamento jurídico.

A atividade criadora dos órgãos jurisdicionais, entretanto, não se restringe à formulação de normas individuais.

Os tribunais de segunda e terceira instância igualmente elaboram regras jurídicas genéricas através de sua produção jurisprudencial. Mediante a repetição contínua de decisões de idêntico conteúdo acerca de determinada questão, os tribunais estabelecem normas abstratas que servem de diretrizes para a atuação dos órgãos de instância inferior (ou do próprio órgão criador) em hipóteses semelhantes. As súmulas dos Tribunais Superiores são os melhores exemplos de frutos dessa atividade normativa, por representarem normas jurisprudenciais de caráter geral que norteiam a atuação do magistrado.

A atividade jurisprudencial dos tribunais, destarte, eleva-se ao nível de verdadeira fonte formal de Direito, por resultar na criação de regras abstratas aplicáveis aos casos referentes à matéria objeto das decisões reiteradas.

A jurisdição normativa dos tribunais do trabalho, por sua vez, representa mais uma das manifestações da atividade criadora dos órgãos jurisdicionais.

Consagrado no artigo 114, parágrafo 2o., da Constituição Federal de 1988, a jurisdição normativa corresponde ao poder conferido aos Tribunais Regionais do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho para solucionar os dissídios coletivos através da prolação de sentenças normativas. No Judiciário Trabalhista, assim, a heterocomposição estatal dos conflitos coletivos entre as clas-

ses operárias e patronais é formalizado através de decisões de eficácia normativa abstrata e em cujo teor encontram-se normas e condições trabalhistas estabelecidas pelo órgão julgador.

O poder normativo das cortes laborais, contudo, não é ilimitado. A criação de normas genéricas de cunho trabalhista através dos processos de dissídio coletivo não pode implicar numa invasão ilegítima no campo de atuação do Poder Legislativo, nem significar uma transgressão às disposições legais e convencionais mínimas de proteção ao trabalho. Os tribunais do trabalho, assim, ao exercerem tal atividade judicante peculiar, terão que observar os parâmetros do processo, dosando o poder normativo tendo em vista sua necessidade, conveniência e oportunidade, e respeitando os limites convencionais e legais mínimos de proteção ao hipossuficiente.

Em face das constatações acima elencadas, resta concluir, por derradeiro, que a função judicante, quer seja ela de aplicação de Direito preexistente, quer seja de criação de Direito novo, é em essência uma função nitidamente ativa e não passiva.

O juiz aguarda apenas a provocação da sua atuação, em face ao princípio do dispositivo, sendo a jurisdição uma função estatal que exige a iniciativa do sujeito de direito. Mas a partir desse momento de invocação, iniciado com o exercício do direito de ação, o magistrado passa a assumir a posição ativa de aplicador e de criador de Direito.

Simultaneamente, torna-se cientista e artista³¹.

31 Leciona João Batista Herkenhof (obra citada, p. 108) que "pode e deve o juiz tentar descobrir o Direito vivido pelo povo. Para o desempenho deste trabalho, há de ser um cientista e um artista. Cientista para, à luz dos dados da economia, da Sociologia e da Política, entender que o Direito não é um departamento ilhado, dentro da estrutura social, razão pelo qual a sentença judicial não se pode desligar do contexto social global. Artista, cheio de poder criador, com sensibilidade humana e antenas ligadas para a alma do povo, para sentir e traduzir as suas aspirações."

Cientista, enquanto aplicador de Direito, focalizando o fenômeno jurídico em toda a sua dimensão.

Artista, enquanto criador de Direito, realizando a justiça a cada nova decisão.

Nessas posições, utiliza os mecanismos e tesouros da engenhosidade para decidir acerca de cada caso concreto submetido a sua apreciação. Aplica não a letra fria da lei mas o espírito do direito que vive na sociedade, sem violentar a natureza de seu *mister*. Cria o "justo" a cada julgamento, atendendo às finalidades do Direito com sensibilidade e prudência, visualizando toda a dimensão do fenômeno jurídico, buscando sempre o ideal de justiça consagrado pelo povo.

É esta a essência da sua função social.

UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?

Stella Maria Mendes Gomes de Sá Leitão
Juíza da Comarca de Itapissuma/PE. Única
representante do Brasil no Seminário Internacional
de Combate ao Crime Organizado realizado em
Tokyo/Japão (1993) Professora e ex-aluna da
Escola Superior da Magistratura do Estado de
Pernambuco - ESMAPE.

Os defensores do meio ambiente intitularam a década de 90 como “A DÉCADA DECISIVA”.

Os problemas que a humanidade tem criado chegam a seu ponto culminante. Se os habitantes do mundo industrializado não realizarem uma mudança radical em seus modos de vida e em suas expectativas; e se ao mesmo tempo não convencerem os países menos desenvolvidos de que o modelo econômico de progresso do *Velho Oeste* é inviável, então as nossas perspectivas serão por demais sombrias, muito além do que podemos acreditar.

Onde está o erro? Como podemos mudar? Haveria possibilidade de retrocesso? Embora a humanidade tenha começado a vislumbrar a maneira errônea através da qual tem lidado com os recursos do planeta, parece entretanto que estamos desperdiçando estes mesmos recursos mais rapidamente que nunca. Estaria a humanidade cometendo suicídio?

Legalmente o suicídio importa num atentado *deliberado* contra a própria vida, e isto não me parece que seja exatamente o que vem ocorrendo. Mas, com certeza estamos numa posição de inferioridade não exclusivamente

em relação à vida humana, mas bem mais, em relação à vida no planeta.

Várias universidades especializadas na matéria têm registrado uma estimativa de extinção que ultrapassem de 22.000 espécies ao ano, para além de 50.000 dentro do mesmo período. Isto corresponde a uma cota superior a cinco espécies que desaparecem definitivamente a cada hora.

Além da realidade disto ser uma tragédia, uma afronta a nosso próprio direito à vida, cada espécie definitivamente dissipada nos conduz à conclusão de que este planeta está se tornando cada vez mais inviável para todos nós. Os indicadores nos dizem que estamos indo diretamente contra uma barreira de concreto a uma velocidade de 150 km por hora.

Há seis décadas atrás a população mundial era estimada aproximadamente em 2 bilhões de pessoas. Estamos agora próximos a 6 bilhões, e a previsão é de que dentro de 40 anos nos tornemos 10 bilhões. Isto significa 3 pessoas por segundo; um quarto de milhão ao dia; 90 milhões de pessoas ao ano. Isto se tornará insustentável, pois ao mesmo tempo a produção global de alimentos tem decaído anualmente, desde 1984.

Vinte e cinco bilhões de toneladas de solo arável e propício para a agricultura são desperdiçados anualmente. Sempre ouvimos falar repetidas vezes que nossos oceanos estão carregados de alimentos, mas a pesca devastadora está levando nossos peixes à extinção. E um bom exemplo disto foi uma afirmativa feita através de pronunciamento do Ministro da Pesca canadense, que informou que *Bacalhau do Atlântico* que vem alimentando europeus e norte americanos por cerca de 500 anos, está quase extinto.

Deste modo, nosso abastecimento alimentar cai devastadoramente, e em contrapartida, a nossa população aumenta em proporções espantosas. Além do mais, ocorre algo bem pior : *nós envenenamos nosso planeta com poluição industrial. Será que não haveria uma escapatória viável ?*

A cada cinco minutos remessas de carregamentos contendo lixo tóxico ultrapassam limites internacionais para serem depositados em “qualquer lugar”, a maioria dos quais no terceiro mundo *ilegalmente*. Chuva ácida já se tornou uma velha conhecida.

Todas as reportagens referentes ao esgotamento da camada de ozônio são piores que a expectativa. Continuamos no uso desenfreado dos sprays, e a cada vez que os utilizamos podemos contar com os seus efeitos devastadores por pelo menos os próximos 20 anos na camada superior de nossa atmosfera. Nós não sabemos ainda como serão os efeitos exatos do esgotamento da camada de ozônio. O que sabemos, embora preocupante, ainda fica bem aquém da catástrofe prometida.

As pessoas ainda questionam se o aquecimento do planeta é ou não algo que deva inquietar, sem lembrar que pelo menos ao momento este é o “*único lar*” do qual dispomos para viver.

Estamos fazendo modificações na camada superior da atmosfera de modo sem precedentes anteriormente vistos. Florestas tropicais estão desaparecendo na proporção assustadora de mais de 1 acre por segundo. A perspectiva é de que ao final do século restem apenas quatro grandes áreas não atingidas pela devastação total no planeta : Zaire, Guiana, Brasil e Nova Guiné. Tristes previsões apontam que dentro dos próximos 30 anos os resultados serão imprevisíveis; talvez apenas possamos dispor de pequenos parques ou algumas reservas.

Afinal, qual a causa de tudo isto? Um primeiro ponto a ponderar seria a cifra de crescimento da população do Terceiro Mundo. O problema é que embora representem 80% da população mundial, lhes são cedidos apenas 20% dos recursos mundiais.

Os países ricos utilizam acima de 80% dos recursos do planeta e ainda exigem mais. Isto é imoral! Alguns estudiosos de países ricos argumentam que estes dados não correspondem à realidade; que a economia de seus países tem que crescer e que para isto eles precisam de mais recursos.

O fato é que estamos chegando aos limites, a um ponto que excederá a própria capacidade de fornecimento de recursos do planeta. Na verdade devemos optar entre a qualidade de vida que temos hoje e a que desejamos proporcionar aos nossos filhos, repensando nossos atos presentes e passados.

O culto ao materialismo tem sido excelente para vários países desenvolvidos e será muito difícil para seus cidadãos rejeitá-lo. Existem muitos fatores envolvidos neste processo. Os japoneses, por exemplo, passaram por uma grande depressão ao final da Segunda Guerra. Após a ocupação americana, MacArthur impôs o *sonho americano* aos japoneses. Estes seguiram tão fielmente as regras ditadas pelo invasor, e o fizeram de modo tão perfeito que deixaram o mundo maravilhado.

A modificação foi tão gritante que os americanos passaram a observar os japoneses. Lá o trabalho é exaustivo e a mão de obra bastante especializada. Entre os japoneses existe uma verdadeira obsessão em serem os primeiros, embora isto não os conduza à plena felicidade.

A busca incessante de bens materiais é um sintoma generalizado que não ocorre só na "Terra do Sol Nascente",

como também no Canadá e nos Estados Unidos, além de outros. Quanto mais adquirem, maior é a busca; o vazio nunca é preenchido. Este é o estereótipo do mundo industrializado.

Industrialização versus Ecologia

Como poderíamos convencer as pessoas pertencentes a este mundo industrializado de que muitas das coisas que almejam não são extremamente necessárias? A partir do exemplo dado pelos países altamente industrializados, como se pode esperar que pessoas de outros países tenham desejos inferiores aos deles? A menos que tais países industrializados mostrem que sua atitude tem se modificado, e que eles estão dispostos a criar melhores condições de vida e trabalho para o futuro de nossos filhos; caso contrário; a demanda será generalizada.

A principal tarefa que temos a cumprir é tentar deter este crescimento incessante futuro e ainda tentar rever nossos atos passados. O Canadá utiliza por pessoa o dobro da energia gasta por um cidadão japonês, por exemplo, e a verdade é que o Canadá poderia reduzir seus gastos energéticos pela metade sem que isto viesse a prejudicar a vida diária de seus cidadãos. É fácil constatar o interesse e o empenho do Japão em reduzir tais índices. Aqueles que já tiveram oportunidade de visitar este país devem ter observado o constante apelo, principalmente em locais e prédios públicos, referente à redução do desperdício de água e luz dentre outros.

Economicamente, as conseqüências, na verdade, são enormes, mas não podemos continuar agindo como se existisse o binômio *economia x ecologia*, pois na verdade temos que nos conscientizar de que o meio ambiente

deve ter lugar preferencial frente a qualquer outro fator, e que devemos protegê-lo.

Diante da perspectiva de reduzir gastos, os países ricos se põem diante de uma grande polêmica: Como fazer cortes e ainda manter os empregos? Será possível proteger o meio ambiente e não pôr em risco os empregos?

Na verdade não é possível abordar este tema de modo simplório. É mais difícil do que se imagina. O certo é que os países desenvolvidos devem minimizar seus gastos e ainda ajudar o Terceiro Mundo a livrar-se do débito que lhes é imposto. A África e a América do Sul têm praticado extração de suas riquezas de modo desenfreado, exatamente para pagar os seus débitos para com os países dominantes. Susan George em seu livro "*How the other half dies?*" aborda muito bem o tema do débito do Terceiro Mundo.

Na década de 1979 a 1989 os países da África tinham um débito de aproximadamente \$ 900 bilhões. Dentro deste período de 120 meses - 10 anos - eles efetuaram pagamentos mensais avaliados aproximadamente no valor de seus débitos, e ao final daquele período, eles eram devedores de 60% a mais que a dívida que possuíam quando iniciaram o pagamento do débito. Deste modo esta parcela mais pobre de nosso planeta paga uma exorbitância aos países ricos e ao final do pagamento de seus débitos ainda se encontram devendo outra metade a mais, relativa ao débito inicial. No Brasil, a nossa Floresta Amazônica tem sido duramente devastada ... (para pagamento de dívidas...?).

Na verdade os países ricos deveriam bancar certos débitos ... Seria isto uma *injustiça*? Creio que não se nos lembrarmos de uma certa sexta-feira sombria, nos idos de 1987, em que uma queda no mercado de ações da Bol-

sa Americana fez com que muitas pessoas, em um só dia, perdessem mais dinheiro que a soma de todo o débito africano. Diante disto concluímos não se tratar de uma injustiça. Os países desenvolvidos têm obrigação de diminuir seu consumo, para com isto contribuir maciçamente com o Terceiro Mundo a fim de que este melhore seu padrão de vida.

A *Agenda 21* que surgiu com a Reunião Internacional para Preservação da Natureza, em 1992 no Rio de Janeiro, assegura que custará aproximadamente \$ 600 bilhões por ano para que se dê início a um outro modo de vida diferente no planeta. À época, os países mais ricos se prontificaram a pagar \$ 125 bilhões, enquanto caberia aos países pobres pagar \$ 475 bilhões.

E aí tudo vem à tona novamente, os maiores causadores da crise contra o meio ambiente impondo aos países pobres pagar contas para salvar a todos. É humilhante viver em um mundo onde alguns são tão ricos e ainda assim exigem tanto dos menos afortunados, além de existir tão pouca boa vontade em dividir com os mais pobres.

Sabendo que a economia gira em torno de produção e consumo, o comércio dos países desenvolvidos, quando se refere ao meio ambiente, o faz tão somente visando à produção de bens que sejam, de um modo ou de outro, um pouco menos prejudiciais ao meio ambiente. Seria esta uma estratégia prudente?

Creio que esta não seja uma idéia acertada. Os países desenvolvidos querem continuar perseguindo suas necessidades ou seus desejos de produção de bens úteis e lucrativos, e simplesmente ser *um pouco menos* intrusos no planeta.

Existe a tendência de se pensar que o fator econômico é tudo, e que o meio ambiente é algo à parte. Em mui-

O sistema econômico nos direciona à destruição do planeta porque a economia não aborda nada referente à defesa da natureza ou aos valores de como se preservam os recursos do planeta para nossas futuras gerações.

Uma solução para o caos no qual começamos a nos afundar seria tentar inculcar em todos nós um senso de ligação com a natureza, e ainda reforçar e alimentar esta “nova amizade”. Mas, de fato isto é um pouco difícil pois depende de um prévio entendimento das origens da vida. Até as pessoas que vivem nos grandes centros populacionais deveriam pelo menos estar a par de certos pequenos detalhes, como por exemplo : de onde vem a água e os alimentos que consomem em seus lares, ou para onde são direcionados seus dejetos e o lixo de seus lares.

Há necessidade de serem feitas estas pequenas ligações para que possamos ter consciência de que tanto somos parte, como também somos dependentes de todo este grande sistema. Devemos entender que o dinheiro é fundamental, mas não é o único fator a ponderar. Temos que redescobrir valores esquecidos. Aqueles valores que não estão baseados unicamente no dinheiro e que entretanto nos proporcionam saúde e satisfação.

Tudo isto decorre do fato de que se compreenda que fazemos parte de uma comunidade onde não somente se adquirem bens, como acima de tudo se divide e se coopera com os outros. Mas nos deparamos com um problema comum em nossos dias, que é exatamente o de que a maioria das pessoas hoje parecem mais viver suas vidas isoladas, que participarem de uma comunidade.

É interessante observar que o nosso mundo atual é criado e gira em torno de automóveis. Tudo o que fazemos é previamente planejado para que utilizemos nossos veículos. Hoje não nos importamos muito com quem se-

jam ou deixem de ser os nossos vizinhos; não nos interessamos tanto em travar conhecimento com eles pois a qualquer momento podemos pegar nosso carro e ir à casa de amigos que moram bem distante de nós. Na maioria dos casos, existem pessoas que trabalham tão distante de casa que chegam a gastar horas só no deslocamento. O ideal seria reestruturarmos as nossas vidas numa escala mais humana, de modo a que o senso de comunidade pudesse ser incrementado, embora isto seja algo bastante idealístico. Não podemos permitir que nossa alienação chegue ao ponto de nos deixar aprisionados.

Após tantas ponderações e abordagens a tantos pontos polêmicos faço a mim mesma e a tantos quantos tenham acesso a este tema uma única pergunta: O que faria você em prol da humanidade, se tivesse a oportunidade de se tornar alguém responsável pelos cuidados e preservação do meio ambiente em seus país, estado, etc...?

Com certeza se pararmos para pensar encontraremos soluções fantásticas, e o mais importante, “viáveis”. Mas, basicamente, a meu ver, devemos inicialmente estabelecer e definir *grandes e importantes regras ecológicas*, quais sejam por exemplo a obediência a certos princípios que devemos seguir para podermos nos proporcionar uma vida mais longa e saudável. Devemos procurar meios para viver uma vida balanceada e segura, tanto nos grandes centros como no campo, fundados em preceitos ecológicos.

Depois deste primeiro estágio, com uma visão mais futurista, poderíamos perguntar: E agora, diante de nossa situação atual, de acordo com a visão que temos no momento, o que seria completamente inviável para aplicarmos nos próximos cinco, dez ou quinze anos? Quais são as alternativas de que dispomos para efetuarmos esta mudança? Este é o desafio mais importante.

Depois de definir estas regras gerais, esta visão ampliada, devemos tentar fazer com que as pessoas das diversas comunidades iniciem a aplicação destes princípios ecológicos básicos. A Conferência Internacional do Meio Ambiente - ECO - deixou claro um ponto: *A mudança deve ser iniciada pelas bases.*

Por que será que as pessoas são tão descuidadas com a ecologia? Muitos povos do planeta têm vivido suas vidas em meio a grandes mudanças, principalmente uma grande aceleração da economia e do consumo. Alguns deles acham isto muito normal, mas é visível que não conseguirão continuar mantendo a mesma passada por longo tempo. Se perguntarmos a pessoas de 70 a 80 anos como eram os lugares onde viviam há 20 ou 30 anos atrás, com certeza receberemos como resposta que as mudanças foram muito radicais e a partir de suas observações poderemos nos perguntar sobre o que restará de herança para nossos filhos.

O nosso problema não é material e sim comportamental. Nós devemos encontrar nossas prioridades em sincronismo com o nosso mundo real, com o mundo natural do qual dependemos. Nós não somos a única espécie do planeta, nós somos parte de um sistema complexo de difícil compreensão. Se cortamos uma árvore devemos encarar tal ato como se estivéssemos tirando a vida de um ser. É apenas uma maneira de pensar de modo diverso do que temos feito até agora.

O Japão é com certeza um dos países que mais provocaram devastação e poluição, seguido dos Estados Unidos. Mas o Japão também é um dos poucos países desenvolvidos que se conscientizaram de seus atos tentando reverter a situação, e isto por um simples fato, os japoneses têm um senso muito apurado de pertencerem a

uma grande classe - seu país - e quando eles pressentem qual é o desejo nacional, eles simplesmente mudam. Poderíamos tomar aquele povo como modelo.

O que devemos fazer é tentar despertar a atenção uns dos outros para estes pontos. Vários países podem levantar a bandeira em defesa da proteção à natureza. A Alemanha e o Japão estão entre os primeiros neste aspecto, inclusive quando se trata de conservação de energia. O Japão é bastante eficiente no trato do uso energético. A maioria de seus táxis são movidos à gás natural, além de reciclarem aproximadamente 50% do lixo produzido em seu território.

Seria importante se cada país se dedicasse cada vez mais a este objetivo. Quem sabe se este estudo e aprimoramento não seria um modo de despertar em outros países o interesse por uma tecnologia e um *know how* cada vez mais avançado, além do principal que é um meio mais saudável de vida.

DEVEMOS "PLANTAR" EM NOSSO PROCEDER DIÁRIO A SEMENTE DA CONSCIÊNCIA, QUE NOS CONVENCE DE QUE NÃO É NECESSÁRIO SACRIFICAR O HOMEM PARA PRESERVAR A NATUREZA.

Ainda há oportunidade para grandes mudanças, tais quais as que têm ocorrido na África do Sul, em Berlim e na Rússia. **O mundo apela !!! AINDA TEMOS ESPERANÇA !!!...???**

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Vladimir da Rocha França

*Mestrando em Direito Público na Faculdade de
Direito do Recife - Universidade Federal de
Pernambuco - UFPE. Professor da Universidade
Potiguar. Advogado em Natal/RN.*

SUMÁRIO

1. Direito e Moral no Estado de Direito. 2. Moralidade Administrativa na Constituição Federal. 3. Mérito do Ato Administrativo. 4. Invalidação do Ato Administrativo Imoral. 5. Notas Finais. Bibliografia Consultada.

1. Direito e Moral no Estado de Direito

Um dos grandes problemas que tem sido gerado pela avalanche de conflitos na qual se encontra o Poder Judiciário é a questão da moralidade administrativa. Os novos instrumentos de controle jurisdicional, bem como o novo enfoque que os meios já existentes assumiram em nossos dias, obtiveram desempenho satisfatório no controle de legalidade dos atos administrativos, impondo um maior cuidado e preocupação para o administrador no trato do interesse público, inexistente nos anos de chumbo. Apesar de tal conquista, ainda o Poder Judiciário encontra barreiras (ou as põe) para análise dos atos administrativos que, embora revestidos de legalidade, ameaçam e comprometem a estabilidade e a paz sociais. Principal-

mente, quando há atentado à moralidade, à ética que inspira o sistema jurídico positivado.

Nas tentativas que Hans Kelsen empreendeu para a construção de uma teoria “pura” do direito, o jurista austríaco propôs o afastamento do direito da ética. Cuidaria a ciência jurídica do direito, enquanto que a ética, da moral (Kelsen, 1991: 63/64).

Alertava ainda que somente se houvesse uma moral absoluta, poderia haver uma identificação entre direito e justiça. Do ponto-de-vista do conhecimento científico, dada a inviabilidade de valores absolutos em geral, não seria possível a aceitação de uma moral absoluta que excluísse a validade de qualquer outra, e, portanto, não haveria razão para não se considerar direito uma ordem de coação que desconsiderasse a noção do justo, prescrevendo a conduta sem um valor moral absoluto ou, ignorando a busca de um elemento comum entre as diversas ordens morais (Kelsen, 1991: 69/71). O que dispensaria a necessidade de se justificar o direito pela moral, mesmo que parcialmente juridicizada (Kelsen 1991: 73/74).

A dissociação entre direito e ética não pode, ao nosso ver, ser admitida. As tentativas de fazê-lo, impulsionadas pela ascensão do Estado na instrumentalização e na produção do direito posto, não conseguiram satisfatoriamente trazer a tão sonhada segurança jurídica que os positivismos tentaram oferecer às alternativas do jusnaturalismo de edificar uma ontologia do jurídico. Lembra João Maurício Adeodato (1995: 200/201) que essa separação somente é admissível como “artifício metodológico e pragmático”, não expressando “qualquer ‘realidade em si’, ontológica, que pudesse vir a ser erigida em paradigma científico”.

Embora seja impossível uma moral universal, a norma jurídica necessariamente constitui o veículo de ins-

trumentalização de um valor moral relativo. O sistema jurídico seleciona, entre os diversos sistemas morais, um em especial (ou parcelas de diversos), juridicizando os valores deste.

Uma vez juridificados preceitos morais, estes passam a compor a dimensão de validade das normas jurídicas, vinculando a conduta do operador jurídico. Tais preceitos não perdem o liame com o sistema moral de origem (Kelsen, 1991: 73), mas somente podem ser empregados como critério de legitimidade para o direito se absorvidos pelo mesmo, por seus canais de comunicação e seleção junto aos demais sistemas sociais (cf. Kelsen, 1991: 73 e França, 1997.1: 8/9). Caberá justamente ao preceito moral juridicizado conceder coerência e unidade ao direito como sistema ético, preservando-o das injunções e tentativas de colonização por parte do econômico e do político no jurídico (cf. Souto, 1992: 23/25).

A importância do valor moral relativo exarado pela norma jurídica assumiu maior relevância com a evolução do Estado de polícia para o Estado de Direito.

No Estado de polícia, fase das monarquias absolutas (*the king can do no wrong*), o direito público se restringia ao preceito jurídico que concedia ao soberano o direito ilimitado de administrar, tanto para os seus fins como aos meios de exercício do poder. Nessa época, inexistia um ramo de conhecimento jurídico sobre o assunto (Gordillo, 1977: 27/28; cf. França, 1997.1: 32).

Com o advento do Estado de Direito, passou a haver uma demanda por uma administração pública honesta, transparente e democrática, em que o cidadão sentir-se-ia livre de fato (cf. Rocha, 1994: 180). Embora não aceitemos a existência nem a possibilidade de um sistema ético universal e absoluto, os valores da democracia e da cida-

dania encontram-se bem enraizados nas sociedades ocidentais, ainda que, não raras vezes, formalmente.

Uma das grandes conquistas da ciência do Direito foi a sistematização do que se convencionou chamar princípio da legalidade. A consciência de que o Estado jamais poderia ter novamente os poderes usualmente concedidos ao Príncipe absoluto, firmemente sedimentada entre os juristas a partir da consolidação da supremacia do pensamento liberal-burguês, viabilizou a construção e concretização de um melhor arsenal de instrumentos jurídicos para o controle do exercício da função administrativa.

A concepção clássica do princípio da legalidade aponta-o como aquele que determina ao administrador que sua conduta somente pode ocorrer quando, como e se estabelecida pelo legislador, procurando colocar a função administrativa subordinada a função legislativa (cf. Meirelles, 1995: 82/83). Ao contrário do que ocorreria na esfera jurídica privada, não existiria espaço para a vontade da Administração no exercício de sua função típica, ou, se aquela admitida fosse, uma vontade inferior e condicionada ao interesse público estabelecido por lei.

Do ponto de vista dogmático, nada pode estar fora da ordem jurídica, devendo o agente público se conduzir para a ordem jurídica e o interesse público, quando se trata do desenvolvimento de atividades estatais (cf. Seabra Fagundes, 1984: 80).

Entretanto, a expansão de poder e influência do exercício da função administrativa sobre as demais funções do Estado (legislativa e jurisdicional), bem como na vida jurídica do cidadão, acabaram colocando em crise a concepção de legalidade que até então se tinha. Não está se afirmando que o princípio da legalidade tenha, numa perspectiva lógico-formal, desaparecido, e sim a

urgência de seu redimensionamento para satisfazer novas exigências sociais.

A demanda por uma maior intervenção do Estado em assuntos antes exclusivos da esfera jurídica privada fez crescer o grau e o número de oportunidades para a apreciação subjetiva dos agentes públicos na situação de fato e de direito levada à sua apreciação. Embora se afirme que a discricionariedade no exercício das funções estatais seja sempre delimitada e somente válida quando concedida pelo próprio ordenamento jurídico (do contrário, não teríamos evoluído do arbítrio constante do Estado de polícia), as opções lícitas do concretizador do sistema são absorvidas pelo mesmo aparato normativo, sendo aceitas como juridicamente válidas e vinculantes para a conduta do cidadão. O que, por conseguinte, permite uma maior relevância jurídica à vontade do agente político, ainda que esta nunca tenha deixado, pelo menos em termos dogmáticos, de ser secundária quando comparada à vontade do sistema jurídico posto. Acresça-se a própria complexidade que as relações jurídicas privadas assumiram, o que tornou, não raras vezes, insuficiente a regulação jurídica estipulada pelo particular, gerando, por exemplo, o dirigismo contratual, a intervenção crescente nas relações de consumo, a desapropriação etc.

O que aumentou a procura dos ordenamentos jurídicos positivados pela inserção de um conteúdo ético, seus princípios e regras (cf. Rocha, 1994: 190).

No que concerne à administração pública, a forte expansão da discricionariedade logo tornou insuficiente o grau de sindicabilidade judicial que os sistemas liberais-burgueses admitiam no exercício da função administrativa, baseado no clássico princípio da separação dos poderes e na concepção tradicional de legalida-

de imposta ao administrador após as conquistas da Revolução Francesa.

Os instrumentos de controle da função administrativa pelo Poder Judiciário, limitados à apreciação dos aspectos de legalidade dos atos administrativos, passaram a se mostrar ineficazes quando o administrador buscava, sob o véu da legalidade, atingir fins e obter vantagens inteiramente estranhas ao espírito do sistema jurídico-democrático.

Para viabilizar a eliminação de tais atos, embora revestidos de aparente licitude, segundo os critérios nem sempre realistas de legalidade, criou-se a teoria do abuso de poder. Passou-se a admitir que, em casos específicos como a inadequação da via eleita com o fim estatuído na norma, a incompatibilidade dos motivos exarados pelo administrador com a opção discricionária, a identificação de fins ilícitos e atentatórios à estabilidade do sistema jurídico posto, entre outros, a apreciação jurisdicional sobre questões que surgiriam como referentes ao mérito do ato, mas que se converteriam em questões de legalidade em face da conduta do administrador no caso concreto, viabilizariam o controle do Poder Judiciário do ato discricionário do Poder Executivo.

Com a teoria do abuso de poder, a discussão sobre a necessidade de uma conduta ética, honesta e proba por parte do administrador começou a florescer. “O abuso de direito, ontem, como hoje, nada mais é do que um **instituto de correção**, destinado a evitar um direito, como são também a boa-fé, a teoria da imprevisão, a teoria da lesão enorme e a teoria das dívidas de valor” (Moreira Neto, 1992: 4; grifo do autor). A partir dessa construção teórica, que tanto serviço prestou para o controle judicial da função administrativa, a doutrina passou a identificar

no ordenamento jurídico-administrativo a existência de uma moral própria, peculiar à administração pública.

2. Moralidade Administrativa na Constituição Federal

Segundo Hely Lopes Meirelles (1995: 79), a administração pública consiste na “gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da moral, visando ao bem comum”. A inserção de elementos de ordem moral no regime jurídico-administrativo, vinculando a conduta do agente público no desempenho de sua função, começa a partir da configuração das prerrogativas, atribuições e princípios que a orientam.

Cabe à função administrativa a determinação e formação das situações jurídicas individuais que deverão ser regidas pelo preceito proposto no texto legal, desencadeando um processo de concretização normativa da lei. Caracteriza-se pelo dever de ação de quem detém essa competência, no sentido de dar eficácia aos direitos subjetivos e obrigações públicas do indivíduo, estabelecidos no texto normativo, dentro dos princípios e regras extraídos no processo de concretização do ordenamento jurídico estatal (cf. França, 1997.1: 15).

Ao contrário do que acontece na esfera privada, o elemento volitivo tem existência precária no âmbito do direito público. O conjunto de prerrogativas e atribuições investidos na pessoa de quem exerce a função administrativa não podem estar submetidas ao seu livre arbítrio. Como se trata de uma atividade destinada a concretização de bens e valores caros a toda coletividade, o ordenamento jurídico procura eliminar, ou até mesmo, de França

mais realista, mitigar a influência da vontade do agente público e dos interesses secundários da administração pública, enquanto ente jurídico, na formação e execução dos atos de sua competência, diante do interesse público exposto no texto normativo e que aflora no caso concreto.

A presença de um forte conteúdo ético no regime jurídico-administrativo verifica-se, de imediato, ao se apreciar a finalidade da administração pública, que reside no bem-estar da coletividade administrada. “Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade” (Meirelles, 1995: 81; cf. Rocha, 1994: 192 e Franco Sobrinho, 1995: 9).

Considerando a existência de valores morais relativos na norma jurídica, juridicizados pelos canais de comunicação e de seleção do sistema jurídico na realidade social, entendemos que o regime jurídico-administrativo, tal como o regime jurídico dos demais campos do direito positivo, tem preceitos éticos retores da função que visa regular. Há uma moral própria da administração pública, institucionalizada, determinando a conduta e desempenho da função administrativa. Convencionou-se chamá-la moral administrativa (cf. Meirelles, 1995: 84 e Rocha, 1994: 192).

A moralidade administrativa é resultante de uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, “considerando-se esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta a sua conduta” (Rocha, 1994: 192; no mesmo sentido, Zancaner, 1993: 210). Ao contrário da moral comum, onde se pressupõe a liberdade do indivíduo de fixar os seus próprios fins, a moral administrativa orienta-se pelo resultado, sendo irrelevante a intenção de produzi-lo, determinando que o desempenho da função administrativa deve

atingir a sua finalidade institucional (Moreira Neto, 1992: 7/8; cf. Delgado, 1992: 36/37). Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992: 9) que “como toda a instituição tem em si a idéia de fim, foi nessa vinculação teleológica que, ainda em pleno fastígio do positivismo jurídico, se encontrou fundamento para desenvolver a teoria do desvio de poder (ou desvio de finalidade), como primeira manifestação da importância da moralidade administrativa que, embora não tenha sido assim considerado, hoje ganhou reconhecimento e se expandiu para abranger não só os casos clássicos de desvio como todos aqueles em que o agente público atue em desconformidade com seu dever de finalidade à disciplina interna da Administração Pública”.

A aceitação de uma moral administrativa, inicialmente, fez-se através de um alargamento no raio de incidência do princípio da legalidade, passando o vício de moralidade a ser interpretado como vício de legalidade. O que viabilizou o discurso do abuso de poder, e, assim, o controle jurisdicional mais adequado às novas exigências sociais, sem haver atentado contra o princípio clássico da tripartição dos poderes (cf. Di Pietro, 1991: 103 e Meirelles, 1995: 85).

A moral administrativa não pode servir como instrumento retórico, assumindo qualquer conteúdo no caso concreto, ao sabor das tendências ideológicas de quem tem competência para desempenhar a função administrativa ou, para controlá-la. O conceito de moralidade administrativa deve estar calcado nos fundamentos (CF, art. 1º, I a V) e diretrizes (CF, art. 3º, I a IV) estabelecidos pela Constituição e que constituem as opções político-ideológicas de nosso sistema constitucional (sobre fundamentos e diretrizes constitucionais, ver França, 1997.2:

474/477). O regime jurídico-administrativo pátrio rejeita quaisquer enfoques, teóricos ou jurisprudenciais, incompatíveis com esse lastro político-ideológico. É a ética da democracia e da cidadania que orienta o administrador e, portanto, a que foi juridicizada pelo sistema de direito positivo.

A Constituição vigente estabeleceu, em seu art. 5º, inciso LXXIII, ao instituir a ação popular, a possibilidade de invalidação de qualquer ato lesivo à moralidade administrativa. Há previsão constitucional da tutela e preservação da moralidade administrativa, também: ao prever as garantias constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança contra o abuso de poder (CF, art. 5º, incisos LXVIII e LXIX; ao vincular expressamente toda a atividade administrativa ao princípio da moralidade (CF, art. 37, *caput*); ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, os atos de improbidade administrativa; ao instituir a indignidade para o oficialato por improbidade administrativa (CF, art. 42, § 7º); ao determinar a competência do Congresso Nacional, por proposta do Tribunal de Contas da União, para sustar despesa irregular, ao lado da despesa ilegal (CF, art. 72, § 2º); ao conceder legitimação para o cidadão, o partido político, a associação ou o sindicato para denunciar irregularidades ao Tribunal de Contas da União (CF, art. 74, § 2º); ao elencar como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos atentatórios à probidade administrativa (CF, art. 85, V); ao atribuir ao Senado Federal, após a autorização da Câmara dos Deputados, o processo e julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e dos Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles agentes (CF, art. 52, I) (cf. Moreira Neto, 1992: 25/26).

Com o texto do *caput* do art. 37 da Carta Magna, expurgou-se na doutrina e na jurisprudência administrativa qualquer dúvida quanto ao caráter normativo, e não apenas meramente informativo, do princípio da moralidade. Tal como ele está estruturado no corpo da Constituição, o princípio da moralidade assume proporções altamente significativas para o ingresso dos atos administrativos no ordenamento jurídico. Como bem diz Alice Gonzalez Borges (1993: 50), “nunca um texto constitucional anterior abordou, de modo tão sistemático, objetivo e cristalino, as coordenadas que devem balizar a atuação dos administradores públicos brasileiros”.

Os princípios constitucionais, como já tivemos oportunidade para dizer (França, 1997.2: 478), são expressões normativas consolidadas a partir dos valores (fundamentos) ou fins (diretrizes) predeterminados constitucionalmente. Garantem a coerência, univocidade e concreção ao ordenamento jurídico fundado numa dada Constituição, delimitando a margem de interpretação e apreciação do texto constitucional pelo operador jurídico. Asseguram a objetividade da concretização da norma constitucional e infraconstitucional.

O princípio da moralidade administrativa, expresso no art. 37, *caput*, da Carta Magna, constitui princípio constitucional geral do subsistema constitucional da administração pública, orientando e delimitando a atuação estatal no exercício da função administrativa. O princípio constitucional geral da moralidade administrativa decorre da moralidade pública, implícita nos art. 5º, incisos LXVIII, LXIX e LXXIII, da Constituição vigente, entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, e, por razão do art. 60, § 4º, do texto constitucional, elevada à condição de princípio constitucional fundamental (embora nem to-

das as cláusulas pétreas veiculem princípios fundamentais, eles são necessariamente cláusulas pétreas), sendo, por conseguinte, norma constitucional dotada de grau superior quando comparada aos demais princípios e regras constitucionais (França, 1997.2: 483/492).

Difere a moralidade administrativa da moralidade exigida nas relações jurídicas privadas por constituir uma ética vinculada e voltada para a conduta e desempenho da função administrativa, regida pelo direito público (Justen Filho, 1995: 45).

Todos os atos estatais (administrativos, legislativos e jurisdicionais) encontram-se submetidos ao princípio constitucional fundamental da moralidade pública (Justen Filho, 1995: 46/47; Rocha, 1994: 195), assim como estão aos princípios constitucionais fundamentais da isonomia (CF, art. 5º, *caput* e inciso I) e da legalidade (CF, art. 5º, II).

A moralidade administrativa constitui o princípio jurídico que norteia a ética da atividade administrativa, cuja atividade está vinculada à finalidade que lhe foi abstratamente atribuída pelo ordenamento jurídico (cf. Rocha, 1994: 191). “O acatamento do princípio da moralidade pública dá-se pela qualidade ética do comportamento virtuoso do agente que encarna, em determinada situação, o Estado Administrador, entendendo-se tal virtuosidade como a conduta conforme a natureza do cargo por ele desenvolvida, dos fins buscados e consentâneos com o Direito, e dos meios utilizados para o atingimento destes fins”, fornecendo o sistema jurídico o conteúdo e a forma de concretização dos elementos da prática administrativa moral (honestidade, boa-fé, lealdade) (Rocha, 1994: 193/194). Constitui “regra de civilidade essencial à sobrevivência das instituições democráticas” (Zancaner, 1993: 210).

O princípio constitucional geral da moralidade administrativa goza de plena autonomia, assumindo identidade própria quando comparado aos demais princípios constitucionais gerais do subsistema constitucional da administração pública. Apesar de o conteúdo principiológico do regime jurídico-administrativo exigir coerência, unidade e aplicabilidade, mesmo havendo a necessária interdependência entre os princípios constitucionais da administração pública, é preciso que esteja assegurado a cada preceito um conteúdo e uma finalidade distinta, pois do contrário, a arguição do princípio no caso concreto perde sua utilidade prática.

Bastante confundido com o princípio da moralidade administrativa, o princípio da probidade administrativa representa uma especificação daquele preceito, ao vedar a prática de atos desonestos e desleais para com a administração pública, praticados por agentes públicos ou terceiros no exercício de função pública (Freitas, 1996, 70/71). Enquanto a improbidade administrativa, atentado ao subprincípio da probidade administrativa, refere-se especialmente à conduta do agente público, acarretando o estabelecimento de sanções jurídicas para a repressão do desvio de comportamento do titular do *múnus público*, a imoralidade administrativa, que viola o princípio constitucional geral da moralidade administrativa, mais amplo e hierarquicamente superior, provoca a incompatibilidade jurídica entre o ato imoral e o regime jurídico-administrativo. É até precário se falar em princípio de probidade administrativa, acreditamos, por não bastar por si só para gerar efeitos jurídicos concretos, necessitando prévia tipificação legal para a sua concretização (cf. Moreira Neto, 1992: 32). Talvez fosse mais preciso se falar em dever de probidade, que encontra tutela na rigorosa Lei nº 8.429/92.

Entendemos que vincular a probidade administrativa estritamente ao erário não é dogmaticamente preciso, haja vista prever a Lei nº 8429/92 como atentado a este bem jurídico a quebra dos princípios da administração pública, em seu art. 11. “Apesar de a dicção literal do comando não ser de fato, das mais felizes, o que parece plausível dele inferir é que, entretecidos os inegáveis nexos entre os princípios (moralidade e legalidade), o cometimento de uma irregularidade acompanhada pela marca indelével da desonestidade do agente ou da deslealdade para com o Poder Público implica em suficiente grau, a violação do princípio da probidade administrativa. Naturalmente, idêntico raciocínio se pode operar em relação aos demais princípios, o que empresta significado e tom inteligível ao disposto no art. 4º da Lei de Improbidade, o qual, um primeiro vislumbre soaria inócuo” (Freitas, 1996: 77/78).

A legalidade e a moralidade constituem princípios constitucionais dotados de mesmo grau hierárquico na Constituição Federal, pois aquela não admite exceções, dotada de força “de tal modo abrangente que nem os outros princípios dispostos no art. 37 da Carta Maior, o da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, afastam as suas conseqüências” (Delgado, 1992: 34/35; em sentido diverso, ver Rocha, 1994: 213/214). Na concretização do regime jurídico-administrativo, eles incidem de modo diverso, segundo o alcance de cada um na formação, execução e controle dos atos praticados no exercício da função administrativa. Mas a distinção entre um e outro não constitui tarefa fácil. É preciso cuidado, sob pena de não esvaziar um princípio em detrimento do outro.

A legalidade cuida da adequação da atividade administrativa com o ordenamento jurídico posto (Delgado, 1992: 35), que concede ao administrador os pontos de

partida do processo de concretização da função administrativa (França, 1997.1: 11/16). Na moralidade, busca-se delimitar a atividade administrativa segundo a moral administrativa, essa moral institucionalizada que procura dar sentido e coerência ética à ação da administração pública.

Ensina-nos Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992: 31) que o princípio da moralidade não depende que lei defina o que seja moral já que, como diz o jurista, a “precisão que se exige da legalidade não tem cabimento quando se trata de moralidade, pois, de outra forma, se estaria subsumindo um ao outro princípio, tornando ocioso falar-se em moral administrativa”. Deve ser lembrado que “o conjunto de normas morais absorvidas pelo Direito e tornadas parte deste sistema, e assim, dotadas de efetividade jurídica, conduz à mesma qualidade obrigatória, genérica e com força coercitiva e, portanto, resposta sancionatória material e objetiva contra seu descumprimento” (Rocha, 1994: 194/195).

A relação do princípio da moralidade com os princípios da impessoalidade é bastante íntima. O princípio da impessoalidade, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1995: 85), “nada mais é que o clássico princípio da **finalidade**, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu **fim legal** (...) aquele que a norma de Direito indica como objetivo do ato, de **forma impessoal**” (grifo do autor; alguns o interpretam como o princípio da igualdade, ver Mello, 1994: 58/59). O princípio da moralidade administrativa concede efetividade jurídica à moral administrativa, aos condicionamentos éticos que devem estar onipresentes no exercício da atividade administrativa, justificando, por si só, a invalidação de ato administrativo que, desconforme com tais ditames morais e a aferição da obediência a finalidade legal

constitui instrumento de mais alta relevância para a constatação da imoralidade. O fim legal pode conter atentado aos valores da cidadania e da democracia, fundamentos constitucionais inerentes à ética, mas neste caso, o ato administrativo torna-se teleologicamente ofensivo à Constituição, por padecer a lei que o ensejou de flagrante inconstitucionalidade.

Trata o princípio da publicidade da satisfação de uma exigência da cidadania: transparência e clareza no desempenho da atividade administrativa. Mediante a publicidade dos atos administrativos, assegura-se ao administrado a possibilidade de fiscalizar e controlar a conduta e desempenho da administração pública, além de constituir elemento indispensável para sua juridicidade (Meirelles, 1995: 86/88), estabelecendo ainda, o dever do agente público de motivar todo e qualquer ato proveniente do exercício da função administrativa. Toda a vontade deve qualificar uma intenção, que é “examinável pelos elementos de cada ato após a publicação” (Franco Sobrinho, 1995: 10). Não há controle de moralidade viável sem a obediência a este preceito constitucional, instituído pelo art. 37, *caput*, da Lei Maior (ver Ferraz, 1992: 67).

A isonomia, princípio constitucional fundamental da ordem instituída, também tem grande proximidade com o princípio da moralidade. A igualdade entre os administrados no acesso aos benefícios gerados pelo exercício da função administrativa constitui um valor moral juridicizado, indispensável para a compreensão de todo sistema de direito público. Por optar o nosso ordenamento jurídico em destacar a isonomia dos demais valores éticos do regime jurídico-constitucional, o conteúdo jurídico da moralidade administrativo pode, a nosso ver, compor-se dos preceitos morais não abrangidos pelo princípio constitucional da igualdade.

Ao lado de outros princípios, além dos elencados aqui, o princípio da moralidade constitui elemento essencial ao princípio da juridicidade. Como já tivemos oportunidade de dizer (França, 1997.1: 20), toda e qualquer atividade estatal, tanto na edição do direito positivo infraconstitucional, como na concretização do direito positivo constitucional e infraconstitucional, está submetida a este princípio, que determina a submissão do Estado não apenas à lei, mas ao Direito (Rocha, 1994: 79).

Um ponto bastante controverso ao se estudar o regime jurídico-administrativo é o problema da razoabilidade e da proporcionalidade nos atos administrativos. A existência desses princípios em nosso regime jurídico-administrativo partem do pressuposto de que o fim legal permite uma multiplicidade de meios para a sua concretização, demandando o exercício de uma discricionariedade do administrador, que não pode exorbitar nem perverter a ordem instituída.

O princípio da razoabilidade institui a exigência de racionalidade, equilíbrio e sensatez no exercício da função administrativa (Zancaner, 1993: 209), da “existência, na conduta administrativa, de uma razão suficiente justa e adequada, fundada em norma jurídica amparada em uma necessidade social específica” (Rocha, 1994: 113). Pode estar inserido tanto no princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) como no princípio da proporcionalidade entre os meios e fins. “Há que se observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na **função legislativa**; e quando se associa a razoabilidade com a proporcionalidade dos meios e fins, o princípio se coloca como limite à discricionariedade administrativa (Di Pietro, 1991: 140).

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, prescreve a adequação e a exigibilidade do meio eleito com fim almejado (razoabilidade), o menos agressivo possível aos bens e valores constitucionalmente assegurados, preservando a harmonia destes (proporcionalidade em sentido estrito) (cf. França, 1997.2: 488/489). Alguns chegam a identificá-lo como uma face do princípio da razoabilidade (Mello, 1994: 54/57), posição equivocada no nosso entender, haja vista a importância crescente que o princípio da proporcionalidade tem assumido na preservação dos direitos e garantias fundamentais diante da intervenção crescente do Estado no cotidiano do cidadão, bem como à hermenêutica constitucional, o que provocou o seu ingresso na esfera de preocupações dos constitucionalistas.

A relação do princípio da proporcionalidade com o princípio da moralidade nasce com a apreciação do ato administrativo que se acusa imoral. Tal como o princípio da publicidade, o princípio da proporcionalidade torna viável o controle de moralidade (cf. Di Pietro, 1991: 111), podendo haver a recondução da ação administrativa à ética institucionalizada no ordenamento jurídico para o Estado-administrador.

Desrespeitados os princípios constitucionais da administração pública, “(...) os atos ficam **amorais** nos efeitos e na eficácia, deixando margem a medidas recursais que venha a resguardar interesses ou direitos ameaçados” (Franco Sobrinho, 1995: 12). O que, aliás, foi tipificado em nosso regime jurídico-administrativo como atentado à probidade administrativa, sujeitando o agente público às sanções cabíveis (cf. Lei nº 8.429/92, art. 11).

Os princípios ganham melhor sentido quando integrados, assegurando a coerência na concretização do in-

teresse público tutelado juridicamente, temperados pelo princípio da proporcionalidade no caso de choque aparente entre eles (cf. França, 1997.2: 489).

3. Mérito do Ato Administrativo

O Poder Judiciário exerce sobre quem tem a competência para o exercício da função administrativa um controle de juridicidade, ou seja, de adequação dos atos da Administração (administrativos ou não) ao ordenamento jurídico vigente (cf. França, 1997.1: 29/31; Franco Sobrinho, 1995: 10/11). Controle que assume grande importância para a manutenção da conduta ética da Administração, haja vista ter o nosso sistema jurídico concedido ao Poder Judiciário a competência para a apreciação e deslinde do contencioso administrativo (CF, art. 5º, XXXV).

Ato administrativo compreende “a declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (Mello, 1994: 173/174), determinando situações jurídicas individuais ou concorrendo para a sua formação (Seabra Fagundes, 1984: 22).

O controle de juridicidade exercido pelo Poder Judiciário não se restringe aos aspectos de legalidade do ato administrativo. O órgão jurisdicional também pode (e deve) apreciar as questões de moralidade dos atos administrativos.

Como preconiza o regime jurídico-administrativo, os atos administrativos, tal como todo e qualquer ato da admi-

nistração pública, deve observar o princípio constitucional da moralidade administrativa. Esses provimentos estatais submetem-se ao controle jurisdicional quando surge, a partir de sua conclusão, controvérsia levantada por quem lhe questiona os efeitos ou a admissibilidade de sua existência junto ao órgão jurisdicional competente.

Para sua perfeição, validade e eficácia, é preciso que o seu ciclo de formação tenha sido completado no modo prescrito pela lei e em função do interesse público, ingressando no ordenamento jurídico sem vícios e, fazendo plenos e reais os efeitos decorrentes de sua utilização pela Administração. O ato administrativo necessita para tanto que sejam observados os requisitos exigidos pela lei, que estejam presentes os elementos e pressupostos essenciais à viabilidade do ato administrativo na ordem jurídica. Como enuncia Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1997: 30), só na juridicidade se alcança conteúdo jurídico.

Nos atos vinculados, a lei constrói o ato administrativo com todas as especificações necessárias à sua aplicação, devendo o administrador ater-se ao seu enunciado e aos requisitos e elementos indispensáveis à plena eficácia da medida prevista, sob pena de invalidade. Nestes, somente pode haver uma escolha: o que a lei objetivamente determinar, e tipificada de modo a não causar qualquer dúvida ou controvérsia na aplicação da lei, predominando as especificações legais sobre os elementos a serem submetidos ao juízo discricionário (França, 1997.1: 37).

O regime jurídico-administrativo admite espaço para que o administrador construa parcela dos elementos dos atos administrativos com critérios de conveniência e de oportunidade, estabelecendo no caso concreto a melhor providência estatal. Embora sempre exista um núcleo

mínimo de vinculatividade do ato administrativo à lei, quando se analisa a competência, a forma e a finalidade genérica, contida no texto normativo editado (em regra) pelo Poder Legislativo, nunca o legislador consegue prever todos os caminhos a serem trilhados pela atividade administrativa, principalmente em face da realidade social cada vez mais volátil, que se apresenta diante do administrador (França, 1997.1: 37).

Celso Antônio Bandeira de Mello (1994: 462) define discricionariedade como “a margem de liberdade que remanesça no administrador para eleger segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. Não se admite discricionariedade sem que a lei faça a demarcação de suas fronteiras, na ausência de circunstâncias fáticas e jurídicas que possibilitem ao administrador dispor da chamada “opção discricionária”.

Há espaço para a discricionariedade administrativa, quando em lei admitida: na formação do motivo; na apreciação dos pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a edição e concretização do ato administrativo; na delimitação do objeto, ou seja, do que se deseja criar, modificar ou declarar nas relações jurídico-administrativas; na definição da finalidade específica do ato administrativo na situação jurídica individual construída pela Administração, o resultado prático a ser alcançado com a sua execução, desde que coerente com a finalidade genérica expressa na lei; por fim, se a lei recorre a conceitos jurídi-

cos indeterminados que não assumem no caso concreto um sentido unívoco na concretização do regime jurídico-administrativo (cf. França, 1997.1: 37/41).

A lei impõe que o ato administrativo esteja sempre adequado às exigências e previsões legais, bem como, ao interesse público, oferecendo à administração pública os meios indispensáveis para a melhor conformação desses provimentos normativos aos fundamentos e diretrizes constitucionais. Diante do caso concreto, o administrador atua como um mediador entre este e a lei. Cabe a ele, dentro de sua competência, tonar efetivo e resguardado o interesse público, e consoante as formas que a lei determinar. Já tivemos oportunidade de alertar uma vez (França, 1997.1: 38) que discricionariedade e arbitrariedade não podem ser confundidas, pois nesta, o poder público exorbita a esfera de sua competência, utilizando-se de instrumentos juridicamente inaceitáveis no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo, ignorando-a em favor de finalidades estranhas ao interesse público. O exercício do poder discricionário pressupõe a severa obediência aos parâmetros legais e a correta subsunção do caso concreto às categorias opostas pela lei, do contrário, seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e, danoso ao ordenamento jurídico, para a Administração Pública.

In casu, a norma jurídica é imprecisa. Pode não haver a descrição antecipada da situação que exigirá dada medida administrativa; pode a situação ser descrita por conceitos vagos e indeterminados, bem como irreduzíveis a uma objetividade total; pode existir a permissão expressa à liberdade decisória; e pode ter o seu objetivo exposto de forma genérica ou por uma forma específica carente de precisão. Somente diante da situação posta pela reali-

dade, o agente público pode avaliar as condutas administrativas cabíveis e adotar a que representa “a providência ótima” para o adimplemento de seu dever legal (Mello, 1994: 207).

Observados os aspectos de legalidade, é vedada a intervenção dos outros poderes do Estado no chamado “mérito do ato administrativo” (França, 1997.1: 43), a não ser que subsista atentado à juridicidade, sob a forma de imoralidade.

O mérito do ato administrativo constitui o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência ou à oportunidade da medida tomada (cf. Moreira Neto, 1991: 32). Relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, constituiria espaço imune à incidência do controle jurisdicional naqueles aspectos não abrangidos pela legalidade (Seabra Fagundes, 1991: 189). Assume um sentido político, vinculado ao dever da boa administração, compreendendo todos os aspectos de conveniência e oportunidade edificados por um juízo comparativo na adequação da lei ao caso concreto (Seabra Fagundes, 1991: 193). Enquanto no processo civil, entende-se por mérito o “conteúdo substancial da lide”, no direito administrativo, constitui um elemento que eventualmente pode compor o ato administrativo (Seabra Fagundes, 1991: 194).

Inexiste mérito nos atos vinculados sendo elemento privativo dos atos discricionários. Nos atos vinculados, o conteúdo político já foi analisado e definido pelo legislador, e, por conseguinte, não é necessária a formação de espaço para uma avaliação subjetiva de conveniência e oportunidade da ação estatal no caso concreto (Seabra Fagundes, 1991: 194).

A análise de todos esses elementos deve ser levada em consideração pelo Poder Judiciário quando diante do contencioso administrativo em torno de tais atos jurídicos, pois, a partir daí, o órgão jurisdicional poderá se habilitar ou não em exercer o controle típico. A maioria da doutrina e da jurisprudência impõe grandes restrições quanto à incidência do controle jurisdicional no mérito do ato administrativo. Entretanto, essa posição merece uma nova reflexão por parte dos operadores jurídicos.

4. Invalidação do Ato Administrativo Moral

A ética administrativa controla o direito aplicável, preservando a finalidade administrativa e o exercício ou a prestação de serviços na Administração coerente com a moralidade, concedendo harmonia entre a motivação pública e aquele fim genericamente exposto na lei (cf. Franco Sobrinho, 1997: 36/37)

O ato administrativo que viola o princípio da moralidade, independentemente de sua plena compatibilidade com os aspectos de legalidade, padece de invalidade (cf. Rocha, 1994: 195; Justen Filho, 1995: 47/48; Delgado, 1992: 36), devendo ser retirado do regime jurídico-administrativo. Quando imoral, o ato administrativo atenta contra a juridicidade que deve estar onipresente na conduta da administração pública, quebrando e distorcendo os fundamentos e diretrizes constitucionais, desprezando o dever de probidade imposto pela Constituição de 1988 ao agente público, e, por conseguinte, afastando a ação administrativa concreta da ética institucionalizada do regime jurídico que visa a administração pública concretizar.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991: 115) leciona que a imoralidade no manuseio dos métodos de interpreta-

ção gera atos inválidos perante o direito, podendo o mesmo acontecer nos processos de integração do regime jurídico-administrativo. O que torna o ato, apesar de legal, deformante da “verdade de fato” (Moreira Neto, 1992: 10).

A observância aos aspectos de legalidade não torna o ato administrativo imune à apreciação jurisdicional, embora tenha sido exarado e concretizado no exercício de poder discricionário. A juridicidade dos atos administrativos abrange os aspectos éticos que nortearam o administrador em sua escolha, devendo ser invalidado o ato que constituir uma tentativa de distorcer a moral administrativa, para a satisfação de valores morais não institucionalizados e incompatíveis com o sistema moral eleito pelo ordenamento jurídico. “Sob o prisma da moralidade, a satisfação dos requisitos de legalidade do ato não é suficiente. Será necessário ir adiante, na análise da ação administrativa, para investigar se o conjunto dos seus elementos realmente sustenta o interesse público ou apenas dá falsa impressão de que o faz” (Moreira Neto, 1992: 10/11).

Para que se possa identificar o atentado à ética administrativa, é imprescindível a análise do motivo e do objeto do ato administrativo, bem como a sua relação com a finalidade pública específica, eleita ou não no caso concreto (Moreira Neto, 1992: 11 e Franco Sobrinho, 1995: 10). A investigação do mérito do ato administrativo constitui o único caminho para aferir a compatibilidade do ato inquirido com o princípio da moralidade, concedendo objetividade para o controle deste decorrente (cf. Franco Sobrinho, 1995: 9/10)

Ato administrativo imoral será aquele que infringir a motivação, enquanto dever constitucionalmente imposto ao administrador (CF, arts. 37, *caput*, e 93, IX), escapar à

finalidade, não se apoiando no dever da boa administração (Franco Sobrinho, 1995: 10). A invalidação do ato administrativo por imoralidade depende de sua natureza, de sua utilidade, da sua urgência, da sua necessidade ou do interesse público provado, devendo o órgão jurisdicional controlador pesar tais elementos ao apreciar o atentado aos preceitos da ética da Administração (cf. Franco Sobrinho, 1997: 38).

Constata-se o vício de moralidade quando o ato administrativo (cf. Moreira Neto, 1992: 11/13) tem como lastro motivo inexistente, insuficiente, inadequado ou incompatível com o seu objeto, ou seja, quando os pressupostos fáticos e jurídicos que foram apreciados para sua expedição não guardam relação de pertinência com a relação jurídico-administrativa criada, modificada ou declarada pela Administração no exercício de sua função típica. Nesse caso, carece o ato administrativo de seu pressuposto lógico, a causa, essencial para o seu ingresso no ordenamento jurídico (Mello, 1994: 187/188).

Também há vício de moralidade quando o motivo “embora declinado verdadeiramente, for **erroneamente estimado** pelo agente para servir de fundamento para sua ação, levando a um resultado incompatível com o atendimento de interesse público específico a que deveria visar o ato” (Moreira Neto, 1992: 13).

O conteúdo do ato administrativo, em respeito ao princípio da moralidade, como também ao da impessoalidade, deve ter existência jurídica viável, compatível com o interesse público expresso na lei, sacrificando somente o necessário da esfera jurídica privada para a sua concretização (cf. Moreira Neto, 1992: 13/14).

Em se admitindo juízo discricionário na especificação do interesse público genérico tutelado pela lei no caso

concreto, ou seja, na eleição por parte do administrador do fim específico do ato na situação jurídica individual, o controle da discricionariedade se faz segundo os ditames do princípio da impessoalidade. O interesse público específico identificado pelo administrador no caso concreto deve guardar proporcionalidade com a finalidade genérica imposta ao mesmo pelo ordenamento jurídico. Temos, *in casu*, simultaneamente, a quebra do princípio da impessoalidade e do princípio da moralidade, aflorando uma vez comprovada a desproporção entre a opção discricionária e o fim legal.

Mas a apreciação objetiva da moralidade do ato administrativo demanda o respeito, antes de tudo, ao princípio da publicidade, que determina ao administrador o dever da motivação. Entendemos precário vincular a moralidade à perquirição da intenção do agente. No direito público, somente se torna relevante quando exposta no ato a ser controlado. Ao emitir ato administrativo discricionário desmotivado, fere a administração pública a publicidade, inerente à juridicidade administrativa. Se o motivo exposto revelar interesse particular do administrador que comprometa a validade moral da conduta administrativa, tal como o enriquecimento ilícito ou em provocar dano ao erário, a intenção do agente ganha alguma importância ao confrontá-lo com as demandas da ética da Administração. Como nos lembra Diogo de Figueiredo de Moreira Neto (1992: 12), “o juiz deve ater-se apenas a verificar se foi atendido ou não o standard jurídico da boa administração e, se não o foi, invalidar o ato exclusivamente por essa razão”.

Nesses casos, entendemos que há uma presunção *juris tantum* de imoralidade administrativa. Se a intenção do agente público representa tarefa árdua para a análise

do operador jurídico, não pode tal obstáculo inviabilizar a certeza e segurança no controle da moralidade dos atos administrativos, devendo somente ser levada em consideração caso o órgão que os exarou consiga provar que agiu, ainda que erroneamente, para melhor satisfazer o interesse público na situação jurídica individual. Comprovada a boa fé do agente público, se não tipificada a conduta guerreada como improbidade administrativa, afasta-se a existência de atentado ao princípio da moralidade, embora persistam os vícios de impessoalidade, sujeitando o ato às conseqüências de sua invalidação jurisdicional. Moralidade administrativa significa conduta ética da Administração.

Somente é possível acionar o controle jurisdicional quando a quebra da juridicidade pelo ato administrativo irradia os seus efeitos na esfera de direitos e garantias do administrado, devendo eliminar as conseqüências do ato contestado, sem prejuízo ao controle de sua constitucionalidade. O Poder Judiciário reconstitui, então, a ordem jurídica violada pelo provimento inoportuno e ilegal da Administração Pública; mas os benefícios da sentença judicial que intervém ficam circunscritos ao caso concreto trazido à sua apreciação, subsistindo os efeitos do ato para as demais situações jurídicas individuais.

O exercício desse controle não pode ser realizado sem a observância da esfera de competência de cada poder, ou seja, a intervenção do órgão jurisdicional sem que seja levada em consideração a harmonia dos três poderes. Portanto, deve o Poder Judiciário manter-se, segundo a maioria dos administrativistas, alheio a tudo o que não disser respeito à legalidade dos atos administrativos (por exemplo, Seabra Fagundes, 1991: 189/190 e Meirelles, 1995: 137/138). O que implica dizer, diante da ad-

missibilidade da apreciação subjetiva do administrador, a regra é a inércia do órgão jurisdicional.

É condição *sine qua non* para a atuação do controle jurisdicional que o contencioso administrativo verse sobre matéria que puder ser apreciada por critérios fundados na legalidade, segundo considerável parcela da doutrina e da jurisprudência, vedando-se ao Poder Judiciário interferir no que for concernente à intimidade do ato administrativo. Assume, portanto, um sentido meramente legal, restringindo-se a verificar se os atos da administração obedeceu às prescrições legais concernentes à competência, ao motivo, ao conteúdo, à finalidade e à forma.

Entretanto, utilizar esse critério de modo absoluto pode produzir aberrações no regime jurídico-administrativo e, por seqüência lógica, ninhos potenciais de abuso de poder.

Quanto à incidência do controle jurisdicional nos aspectos vinculados dos atos administrativos, presentes em todos, inexistente na doutrina e na jurisprudência qualquer dúvida. A inobservância do princípio da moralidade administrativa, se identificada, ocorre no plano da constitucionalidade da lei que ensejou o ato administrativo, podendo o órgão jurisdicional competente fazer uso do controle difuso de constitucionalidade, admitido em nosso sistema jurídico. A questão dos aspectos discricionários do mérito do ato administrativo exige uma maior cautela.

A tendência hodierna do direito administrativo é a de se privilegiar a cidadania e a aproximação do administrado com a Administração, procurando induzir a sociedade a assumir um caráter mais participativo quanto à boa gestão da coisa pública. É o controle jurisdicional que reflete essa preocupação.

A discricionariedade faz-se presente quando a norma permite que o administrador utilize a apreciação subjetiva para definir a situação jurídica individual e a providência administrativa a ser adotada. Contudo, passa a existir entre a opção discricionária e o caso concreto um liame indissociável, vulnerando o ato administrativo ao controle jurisdicional. A competência discricionária tem limites no regime jurídico-administrativo e sua utilização indevida ou contrária ao interesse público e à lei submete-se à apreciação do Poder Judiciário.

Em havendo a Administração fundamentado sua análise de oportunidade e de conveniência em uma conjuntura insustentável, desarrazoada, manifestamente inadequada, ou até mesmo inexistente, para a consecução do interesse público e do fim legal, não constitui óbice algum a interferência do Poder Judiciário em retificar a violação da ordem jurídica. Diz-se então que o juízo discricionário se vincula à própria justificativa de sua formação, viabilizando a apreciação de sua juridicidade, diante do preconizado na ordem jurídica, pelos órgãos jurisdicionais.

A admissibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos de natureza discricionária representa uma evolução no direito administrativo brasileiro. Tem-se hoje uma tendência pela ampliação do raio de intervenção do Poder Judiciário na fiscalização das atividades desempenhadas pela Administração Pública. E a aparente retirada de aspectos discricionários do ato administrativo pela construção de meios jurídicos idôneos (como a teoria dos motivos determinantes, a teoria do desvio de poder), levando-os a zona de apreciação de legalidade, fez-se em razão de um maior questionamento da conduta da Administração. A lei não contém nada que possa ser dispensável ao Administrador no exercício de sua competência,

sendo-lhe terminantemente proibido produzir anacronismos e conseqüências incompatíveis com o interesse público tutelado pelo regime jurídico-administrativo. Nada escapa ao controle de juridicidade quando se trata de lesão ou ameaça à direito, pois:

“Todo o ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a **moral da instituição (princípio da moralidade)**, com a destinação pública própria (princípio da finalidade) e com a divulgação necessária (princípio da publicidade). Faltando, contrariando ou desviando-se desses interesses básicos, a Administração Pública vicia o ato de ilegitimidade expondo-o à anulação da mesma, ou pelo Poder Judiciário se requerida pelo interessado” (Meirelles, 1995: 606; grifo nosso).

O princípio da separação de poderes estabelece no Estado Democrático de Direito que as funções estatais devem ser exercidas de modo harmônico e integrado pela ordem jurídica, respeitadas a competência e a autonomia do órgão do Estado no desempenho de suas atividades ordinárias e secundárias. Isso veda ao órgão jurisdicional intervir no ato administrativo quebrando o mérito formado pelo administrador quando diante da situação jurídica individual definida para a aplicação de ofício da lei, com a subseqüente usurpação da competência do agente administrativo pelo Poder Judiciário. O juiz não pode substituir o administrador e vice-versa. Mas pondera José Augusto Delgado (1992: 39):

“A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a administração pública tem o dever da melhor administração, que ultrapassa o conceito de bem administrar. Isso representa que, em face de qua-

tro ou cinco hipóteses boas, o administrador, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. É do seu dever adotar a melhor. Se não o fizer, em face de como está posto, na Constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que o poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de 'melhor administrar'. Esse poder constitucional do juiz é, somente, o de constituir o ato administrativo. Não lhe é permitido que substitua a ação administrativa, sob pena de ferir um outro princípio que é o da independência e harmonia dos poderes”.

Navega o controle jurisdicional pelo mar da juridicidade, jamais podendo invalidar um ato administrativo que não produziu nenhum dano à ordem jurídica. Compete sim, ao Poder Judiciário, invalidar todo e qualquer provimento da Administração que viole os preceitos éticos da moral administrativa. Onde há imoralidade, deve haver o controle de juridicidade, na sua modalidade jurisdicional.

O mérito do ato administrativo perde sua imunidade quando acolhe na intimidade da zona de apreciação subjetiva do administrador quebra à juridicidade que deve estar onipresente na ação da administração pública (cf. Delgado, 1992: 39/40; Saraiva Filho, 1996: 128; Ferraz, 1995: 300). Não se justifica a inércia do Poder Judiciário em examinar o mérito, se suscitada a tutela jurisdicional em razão de prejuízo condenado pelo ordenamento jurídico. A Constituição Federal expressamente atribui ao órgão jurisdicional o dever de dirimir o contencioso administrativo levado à sua apreciação, não condicionando essa obrigação constitucional à outra fronteira a não ser a

lei, ainda mais em face do expresso em seu art. 5º, inciso XXXV.. Então o que impede a atividade jurisdicional de adentrar nos aspectos meritórios do ato administrativo quando este viola a moralidade administrativa, malgrado sua correção no tocante a sua legalidade?

Não vemos qualquer óbice à intervenção do órgão jurisdicional para se coibir a imoralidade no mérito do ato administrativo, pois em violando o administrador a ordem jurídica, a questão passa a ser de juridicidade. Se a quebra da lei e do interesse público nascem nos aspectos vinculados, discricionários ou meritórios do ato administrativo, é irrelevante ainda se discutir a viabilidade da provocação do Poder Judiciário em retificar a conduta da Administração, sob a forma de invalidação (cf. Ferraz, 1995: 300 e Borges, 1993: 52). A impessoalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e a publicidade, constituem os instrumentos postos à disposição do Poder Judiciário para aferir a juridicidade do ato administrativo quanto ao seu aspecto de moralidade.

Apesar da inviabilidade do órgão jurisdicional em tocar a justiça, oportunidade ou eficiência do ato administrativo, a constituição de uma zona proibida ao controle judiciário, mesmo na ocorrência da violação dos preceitos éticos do ordenamento jurídico, enseja um campo propício ao abuso ou desvio de poder. O Poder Judiciário não se furta em retirar um ato administrativo quando a avaliação meritória se baseia em erro, falsidade ou conteúdo condenado pela ordem constitucional e infraconstitucional, ou quando desarrazoada e desonesta a motivação da conduta discricionária (ver Borges, 1993: 53/54).

De modo algum estamos propondo aqui a supremacia absoluta do Poder Judiciário no trato das questões controvertidas da Administração Pública. O que levanta-

mos aqui é a inexistência de uma razão plausível para ainda se impedir que o Poder Judiciário deixe de agir, de fulminar a imoralidade da conduta da Administração.

Diante de duas ou mais concepções plausíveis ao ordenamento jurídico, o controle de moralidade fica prejudicado. Seria abusivo ao Poder Judiciário intermeter-se nesse aspecto do ato, porque a maior proximidade do administrador às situações jurídicas individuais que enfrenta a Administração pressupõe a melhor adequação de sua análise para a concretização do interesse público, quando no exercício do poder discricionário. Na dúvida quanto à juridicidade da apreciação subjetiva da administração, deve o órgão jurisdicional deixar prevalecer intocável o mérito do ato administrativo no que não for contrário ao ordenamento jurídico. O interesse público prevalece sobre o interesse privado (França, 1995: 38; no mesmo sentido, ver Saraiva Filho, 1996: 128).

Outro ponto que deve ser ressaltado é que o controle da moralidade do ato administrativo, quando discricionário, de modo algum descaracteriza o binômio conveniência-oportunidade que orientou a formação do mérito do ato administrativo. Não há razão prática para justificar o controle jurisdicional de aspectos como o abuso de poder, a irrazoabilidade e a desproporção no ato administrativo, a imoralidade administrativa, com base de um conceito excessivamente ampliado de legalidade. Isso provoca o esvaziamento de noções que a nossa Constituição tornou tão caras para a administração pública como a moralidade administrativa. A desobediência à razoabilidade e à proporcionalidade, instrumentos indispensáveis para se aferir a moralidade, não constitui um vício de legalidade (como em Zancaner, 1993: 210 e Borges, 1993:

52), mas sim ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

A imoralidade administrativa nos atos discricionários não convertem os elementos construídos pela apreciação subjetiva em aspectos vinculados, como se costuma argüir. É vinculada, em última *ratio*, toda atividade administrativa à juridicidade, ao direito, ao ordenamento jurídico como um todo coerente e harmônico, embora nem sempre seja à legalidade. Toda essa celeuma que se fez e se faz em torno da preservação de um princípio, o da separação funcional do poder, em pleno esvaziamento (cf. França, 1997.1: *passim*), não deixa de ser inconveniente e embaraçosa, quando chega ao operador jurídico uma concreta ameaça ou lesão a direito do administrado, em virtude da conduta imoral do administrador. Ao invalidar um ato administrativo imoral, o Poder Judiciário está exercendo o seu papel constitucional de controlar a juridicidade dos atos do Poder Executivo, quando invadem de modo injustificado a esfera de direitos e garantias do administrado. Do contrário, o princípio da moralidade perde sua eficácia jurídica e atrofia o seu papel político-ideológico, provocando a imunidade judicial do ato discricionário quando imoral.

5. Notas Finais

A revisão judicial dos atos administrativos consiste no último bastião entre a arbitrariedade e a juridicidade, principalmente na realidade nacional. Somente a permanência e a força da decisão judicial, desconstituindo o ato administrativo atentatório à moralidade administrativa, melhor supre o interesse público quando a Administração se recusa a exercer o seu autocontrole.

São essas nossas considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos e suas limitações no ordenamento jurídico pátrio. Com esta modesta contribuição, esperamos que o aperfeiçoamento e otimização dos mecanismos de controle de juridicidade da conduta administrativa procurem aproximar mais o cidadão do Poder Público, por sua interdependência social que nunca deve ser esquecida e nem se deixa esquecer.

Bibliografia

- ADEODATO, João M. (1995) *Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito*. In: Anuário do Mestrado em Direito – 7. Recife: UFPE, pp. 199/216.
- BORGES, Alice Gonzalez (1993). O Controle Jurisdicional da Administração Pública. In: *Revista de Direito Administrativo* - 192. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. pp. 49/60.
- DELGADO, José Augusto (1992). O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição de 1988. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, Junho, Ano 81, Vol. 680. pp 34/46.
- DI PIETRO, Maria S. Z. (1991). *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas.
- FERRAZ, Sérgio (1992). O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo* - 188. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. pp. 64-73.
- FERRAZ, Sérgio. (1995) *Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo*. In: ROCHA, Cármen. L. A. (coord.) *Perspectivas do Direito Público – Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo

Horizonte: Del Rey, pp. 291-306.

- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. (1995) *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. Curitiba: Genesis.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. (1997) *Ética e Moralidade nos Atos Administrativos*. In: TELLES, Antônio A. & ARAÚJO, Edmir Netto de. (coords.) *Direito Administrativo na Década de 90 – Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. J. Cretella Júnior*. São Paulo: RT, pp. 28-40.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha (1995). *Limites ao Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*. Natal: mimeo, 41 págs.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha (1997.1) *Discricionariedade e Estado Intervencionista - Aspectos Constitucionais e Administrativos*. Natal: mimeo, 70 págs.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha (1997.2). *Questões sobre a Hierarquia entre as Normas Constitucionais na Constituição de 1988*. In: *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: V. 2, nº 4. pp. 467/495, abr./jun.
- FREITAS, Juarez (1996). *Do Princípio da Proibição Administrativa e de sua máxima efetivação*. In: *Revista de Direito Administrativo* - 204. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. pp. 65-84.
- GORDILLO, Agustín (1977). *Princípios Gerais do Direito Público*. São Paulo: RT.
- JUSTEN FILHO, Marçal. (1993) *O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário*. In: *Revista Trimestral de Direito Público* – 11. São Paulo: Malheiros, pp. 44-58
- KELSEN, Hans. (1991). *Teoria Pura do Direito*. trad. p/ J. B. Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes.

- MEIRELLES, Hely Lopes (1995). *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (1991). *Legitimidade e Discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (1992). *Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação*. In: *Revista de Direito Administrativo* - 190. Rio de Janeiro: Renovar. out./dez. 1992. pp. 1-44.
- ROCHA, Cármen L. A. (1994). *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes (1996). *O Princípio da Moralidade da Administração Pública*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 33, nº 132, outubro/dezembro. pp. 125/129.
- SOUTO, Cláudio. (1992) *Ciência e Ética no Direito – Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: saFe.
- ZANCANER, Weida (1993). *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*. In: *Revista Trimestral de Direito Público* – 2. São Paulo: Malheiros, pp. 205-210.

PRÁTICA

Sentença. Alienação Fiduciária

Carlos Moraes
Juiz de Direito

20ª Vara Cível

Processo nº 00198017304-4

EMENTA:

Consumidor. Ação de cobrança. Alienação fiduciária. Contrato de adesão. Rescisão contratual. Devolução do bem. Pedido de restituição das prestações pagas. Retenção pelo credor fiduciário de 10% do total das parcelas pagas, a título de compensação pela fruição do automóvel. Procedência parcial do pedido, em face da regra estampada no art. 53, do CDC.

Vistos, etc ...

SILVIO MÁRCIO LIMA DE VASCONCELOS, qualificado às fls. 02, propôs, neste juízo, com base na legislação pertinente, a presente **AÇÃO DE COBRANÇA DE DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS**, contra a sociedade **BANCO VOLKSWAGEN S/A.**, também, qualificada às fls. 02.

Na inicial, que veio acompanhada dos documentos de fls. 05/11, em resumo, o autor alegou que, através de

contrato de financiamento ao consumidor, garantido por alienação fiduciária, adquiriu à ré crédito, no valor de R\$ 12.310,00 (doze mil, trezentos e dez reais), para a aquisição do veículo marca Volkswagen, Parati CL, ano de fabricação 1996, cor cinza tunis, chassi n.º 9BWZZZ379TT246135. Continuando, disse que da quantia acima mencionada chegou a pagar a importância de R\$ 9.377,00 (nove mil, trezentos e setenta e sete reais) que atualizada pelo PROCON representa a soma de R\$ 12.251,19 (doze mil, duzentos e cinquenta e um reais e dezenove centavos). Alegou, ainda, que não podendo mais continuar pagando o financiamento, por motivo de insuficiência financeira, teve o contrato rescindido por determinação judicial e o veículo retomado pela demandada. Por fim, invocando o Código de Proteção ao Consumidor, pediu a restituição da importância já paga à suplicada, além da condenação da mesma na verba sucumbencial.

Na resposta de fls. 17/26, que veio acrescida da documentação de fls. 27/28, em síntese, a parte ré confirmou a relação contratual e afirmou que não tem a obrigação de devolver a quantia recebida pela concessão do financiamento, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, após a vedação do § 1º, do seu art. 53, não prevê essa hipótese, que é disciplinada pelo art. 2º, do Decreto-Lei n.º 911/69. Finalmente, pediu a improcedência da ação e a condenação dos autores na sucumbência.

Réplica, contida às fls. 30/32.

Termo de audiência de tentativa de conciliação, sem êxito, acostado às fls. 40.

É o que tinha a relatar. Passo a decidir.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a relação jurídica envolvendo as partes – contrato de financiamento garan-

tido por alienação fiduciária - já é matéria resolvida, judicialmente, por iniciativa da ré, conforme atesta o documento de fls. 07.

Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor o entendimento dominante era no sentido de que o vendedor, na hipótese de rescisão do ato negocial, para não gerar enriquecimento sem causa, restituísse ao devedor a importância que havia pago, baseado no fato de que não haveria qualquer prejuízo para aquele, pelo contrário, até lucro, por lhe ser devolvido o bem móvel livre para ser novamente alienado. No presente, a matéria deixa de ser considerada com contemplação, após ter sido prevista em lei. Dessa forma, o princípio da autonomia da vontade, no qual está contido a liberdade de contratar, por força do **CODECON**, que é norma de **ordem pública e de interesse social**, sofre inequívoca restrição, através do controle judicial que serve para declarar a nulidade – que não produz qualquer efeito - de cláusulas contratuais tidas por iníquas ou abusivas, especialmente levando em consideração certos requisitos e condições, entre eles, a efetiva comutatividade entre as partes, a boa-fé, a equidade, a vedação de oneração excessiva ao consumidor ou que coloquem ele em desvantagem exagerada, bem assim a falta de opção ao mesmo da restituição de quantia desembolsada, etc ...

Com efeito, dispõem os artigos 51, incisos II, IV, § 1º, incisos II e III, da lei protecionista, respectivamente, o seguinte:

“ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - *omissis*;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código; (destaquei)

III - *omissis*;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (destaquei)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - *omissis*;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. ”

E mais: como que coroando os citados dispositivos, determina o art. 53, *caput*, da mesma lei:

“ Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.”

(destaquei)

Pelo visto, a regra inserta no inciso II do art. 51, combinada com a do *caput* do art. 53, não deixam qualquer

dúvida quanto ao reconhecimento da devolução. De fato, **tanto nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, como nos de alienação judiciária**, a estipulação de cláusulas que imponham a perda total das prestações pagas constitui inequívoco abuso, que o **CODECON** veda ao estipular princípios básicos em defesa do consumidor. Assim, considerar o contrário, significaria a ocorrência de verdadeiro enriquecimento ilícito por parte do credor, pois receberia de volta o bem, podendo aliená-lo novamente, e, ainda, manteria incorporado ao seu

patrimônio as prestações, enquanto o devedor que pagou parte da obrigação, perderia a coisa e o dinheiro dispendido. Nesses casos, haveria um grande desequilíbrio em matéria contratual, ensejando obrigação excessivamente onerosa para o consumidor.

Já o art. 54, parágrafo 2º, este fazendo referência ao artigo anterior, preceitua:

“ Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º *omissis*;

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. “ (grifei)

Destarte, também, por força deste último parágrafo reproduzido, não só os contratos enumerados no referido

TENÇÃO DE 10% DAS PARCELAS PAGAS. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE COLHIDO. I – ASSENTADO NA INSTÂNCIA MONOCRÁTICA QUE A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL, COMO PACTUADA NO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, IMPORTARIA EM ÔNUS EXCESSIVO APARA O COMPRADOR, IMPONDO-LHE, NA PRÁTICA, A PERDA DA QUASE TOTALIDADE DAS PRESTAÇÕES PAGAS, E ATENDENDO-SE AO ESPÍRITO DO QUE DISPÕE O ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, CUMPRE AO JUIZ ADEQUAR O PERCENTUAL DE PERDA DAS PARCELAS A UM MONTANTE RAZOÁVEL. II – A JURISPRUDÊNCIA DA QUARTA TURMA TEM CONSIDERADO RAZOÁVEL, EM PRINCÍPIO, A RETENÇÃO PELO PROMITENTE VENDEDOR DE 10% DO TOTAL DAS PARCELAS QUITADAS PELO COMPRADOR, LEVANDO-SE EM CONTA QUE O VENDEDOR FICA COM A PROPRIEDADE DO IMÓVEL, PODENDO NEGOCIÁ-LO.” (grifei)

“ PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESTITUIÇÃO. O COMPRADOR QUE DEIXA DE CUMPRIR O CONTRATO, ALEGANDO INSUPORTABILIDADE DA OBRIGAÇÃO, TEM O DIREITO DE PROMOVER AÇÃO PARA RECEBER A RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 924 DO CCIVIL, PARA REDUZIR A DEVOLUÇÃO A 90% DAS IMPORTÂNCIAS RECEBIDAS PELA PROMITENTE VENDEDORA. ”

“ PROMESSA DE COMPRA E VENDA. EXTINÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO. ART. 53 DO

CODECON. AÇÃO PROPOSTA PELO PROMISSÁRIO COMPRADOR. 1. JUSTIFICADO O INADIMPLEMENTO PELA SUPERVENIÊNCIA DE FATO IMPE-DITIVO DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO, COM DESEQUILIBRIO RESULTANTE DA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA, SUCESSIVA APLICAÇÕES DOS PLANOS ECONÔMICOS E DIFERENTES CRITÉRIOS PARA ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS, PODE O DEVEDOR PLEITEAR A EXTINÇÃO DO CONTRATO. 2. A NULIDADE DE PLENO DIREITO DA CLÁUSULA DE DECAIMENTO, QUE PREVÊ A PERDA DA TOTALIDADE DAS PRESTAÇÕES PAGAS PELO PROMISSÁRIO COMPRADOR EM CASO DE INADIMPLEMENTO, TAMBÉM SE RECONHECE QUANDO A AÇÃO É DE INICIATIVA DO COMPRADOR. 3. RECONHECIMENTO DO DIREITO À RESTITUIÇÃO DE PARTE DO QUE FOI PAGO. ”

“ COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. 1. SUA RESCISÃO, SEM QUE TAL MATÉRIA TENHA SIDO IMPUGNADA NAS RAZÕES DE INTERPOSIÇÃO DO ESPECIAL. 2. DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS. É DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE NÃO É VÁLIDA A CLÁUSULA CONTRATUAL DE PERDA TOTAL DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. POR EXEMPLO, RESP 16.239. 3. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E ASSIM PROVIDO. ”

No mesmo sentido, apontamos decisões de outros Tribunais:

“ CONTRATO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – DISTRATO – CLÁUSULA – PERDA DAS

QUANTIAS PAGAS – NULIDADE – CONTRATO CELEBRADO ANTES DO ADVENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IRRELEVÂNCIA – CLAUSULA INCLUÍDA NO CONTRATO DE RESCISÃO FIRMADO DURANTE A SUA VIGÊNCIA – OFENSA INEQUÍVOCA AO ARTIGO 53 DA LEI FEDERAL N.º 8.078, DE 1990 – RECURSO NÃO PROVIDO.” (JTJ, LEX, 168/53)

“COMPRA E VENDA – BEM IMÓVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS PELO COMPRADOR – IRRELEVÂNCIA DA AVENÇA SER ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ABATIMENTO, PORÉM, DOS GASTOS FEITOS COM A CORRETAGEM . A DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS PELO COMPRADOR ESTÁ AGORA CONSGRADA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE VEIO AFIRMAR ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIAL ANTERIOR A ELE.” (RT 712/240)

Por derradeiro, cabe lembrar que por analógica interpretação das regras contidas nos artigos 158 e 924, ambos do Código Civil, ocorrendo a resolução da avença, ao devedor ou fiduciante há de se devolver as quantias que pagou. Primeiro, porque as partes são colocadas no estado em que se encontravam antes de efetivarem o negócio. É o chamado ‘efeito de restituição’. Segundo, porque quando ocorrer mora ou inadimplemento, por ser norma de ordem pública, pode o Juiz reduzir a pena estabelecida em cláusula para não onerar o devedor e manter o equilíbrio contratual.

Assim sendo, julgo antecipadamente o feito da seguinte forma: em face da rescisão do contrato e por reconhecer nele a inserção de cláusula abusiva, que proíbe o reembolso da quantia já paga pelo autor, considerada nula de pleno direito, defiro o pedido e condeno a ré a restituir as prestações pagas pelo suplicante no valor correspondente a R\$ 12.251,19 (doze mil, duzentos e cinquenta e um reais e dezenove centavos), devidamente corrigido (RSTJ 31/318, 23/307,38/125, STJ-RT 673/178) a partir do cálculo efetuado pelo PROCON, descontado do mesmo o percentual equivalente a 10% (dez por cento), a título de retenção em favor da ré, em razão da vantagem econômica auferida pela fruição do bem, tudo com apoio nos argumentos jurídicos e dispositivos legais antes referidos.

Finalmente, também, condeno a parte ré no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento), sobre o valor das prestações que devem ser devolvidas (condenação).

Com o trânsito, arquite-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sentença Tributária Execução Fiscal

Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Juiz de Direito

Processo Nº 00190037301-7

Exequente: Município do Recife

Executada: Maria de Lourdes R. de Aguiar

EMENTA:

Tributário. Execução Fiscal. Privilégios da Fazenda Pública. Falta de Citação. Prescrição Intercorrente. Litigância de má-fé. Execução improcedente. Extinção do processo.

1 - A Fazenda Pública tem diversos privilégios processuais em virtude de sua posição especial diante dos demais sujeitos de direito. No entanto, estas prerrogativas não devem ir além do razoável para não agredir o Princípio da Igualdade constitucionalmente assegurado;

2 - A Fazenda Municipal demorou cerca de 6 anos para requerer a citação do executado, demonstrando a inércia e o total desinteresse no prosseguimento da Execução Fiscal;

3 - Transcorrido o prazo legal de 5 anos previsto no art. 174 do CTN, com a inércia da Fazenda Municipal em dar prosseguimento ao feito, ocorre a prescrição intercorrente;

4 - Ao pleitear a citação por edital depois de 6 anos da propositura da ação sem nenhuma providência anterior, a Fazenda age temerariamente como litigante de má-fé (art. 17, V, CPC)

5 - O juiz pode alegar de ofício a prescrição no que verse sobre direitos patrimoniais, quando está em discussão o interesse da coletividade no âmbito do Direito Público e Tributário dentro de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico;

6 - Estando o Processo de Execução Fiscal prescrito intercorrentemente, conforme larga jurisprudência, deve ser a execução extinta, e da Fazenda Pública Municipal reconheça-se a litigância de má-fé (art. 18 e art. 269, CPC), apesar de deixar de assim condenar a exequente por não haver causado prejuízo, haja vista não ter sido instaurada a relação processual bilateral.

Vistos etc...

1. RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Execução Fiscal proposta pelo MUNICÍPIO DO RECIFE contra MARIA DE LOURDES R. DE AGUIAR E OUTROS, cujo objeto é a cobrança de IPTU e outras taxas imobiliárias.

A Certidão da Dívida Ativa foi ajuizada em 17 de novembro de 1990, não tendo sido tomada nenhuma providência pela Procuradoria da Fazenda Municipal para dar andamento ao feito até 1996.

Em 10 de setembro de 1996, o Sr. Luciano Rangel de Aguiar ingressou com uma petição, dizendo que havia recebido em seu escritório uma carta de citação e afirmando que a Sra. Maria de Lourdes Ribeiro Aguiar era sua ex-esposa, mas que estavam divorciados e ela residia agora no exterior, tendo conferido na petição o endereço da mesma na Inglaterra.

Propôs, então, que fosse sustado o feito e se providenciasse a citação da executada por carta rogatória.

A Fazenda Municipal requereu por petição a suspensão do processo por 60 dias para realização de diligências administrativas, o que foi deferido pelo juiz.

Depois de escoado o prazo de suspensão, requereu a Fazenda Municipal que houvesse a citação por Edital da executada por estar em local incerto e não sabido.

É o relatório. Passo a decidir.

2. FUNDAMENTOS

2.1 Os privilégios da Fazenda Pública

A Fazenda Pública tem uma série de privilégios, havendo diversos dispositivos do Código de Processo Civil que mostram uma situação diferenciada da Fazenda em relação aos demais sujeitos de direito.

Ressaltamos alguns privilégios de que goza a Fazenda Pública:

- A) Contagem dos prazos processuais: em quádruplo para contestar e em dobro o prazo para recorrer. Contando estes prazos somente a partir da intimação pessoal da Fazenda (art. 240 e 188 do CPC, e a Lei 6.830/80);

- B) O pagamento pelo vencido das despesas judiciais requeridas parte da Fazenda Pública ao final do processo (art. 27, CPC);
- C) Reexame necessário nos casos de sentenças proferidas contra a Fazenda - duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, II e III);
- D) Dispensa de preparo nos recursos interpostos pela Fazenda Pública (art. 39, Lei 6830/80);
- E) Audiência prévia nos casos de requerimento de medida liminar contra a Fazenda em matéria de ações possessórias;
- F) Goza a Fazenda Pública ainda de prazo prescricional diferenciado no que diz respeito às ações pessoais contra ela movidas, sendo tal prazo de cinco anos (art. 1º do Dec. Federal nº 20.910, de 06-01-1932) (FEDERIGHI, Wanderley, José. *A Execução contra a Fazenda Pública*, Saraiva: São Paulo, 1996, pp.)

Estes privilégios, segundo doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, justificam-se pelo interesse coletivo e a supremacia do interesse público sobre o privado que deve ser protegido pela Administração Pública. (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1984)

É evidente que as prerrogativas deferidas à Fazenda Pública visam a tratar desigualmente os desiguais na proporção em que se desiguam, uma vez que particulares e Estados podem estar em posições muitas vezes díspares com deveres e direitos distintos.

Logo em respeito ao princípio da isonomia, vetor de todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme esposado no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988,

devem ser tratados desigualmente particulares e Estado com base em princípios e controles próprios.

Entretanto, tem-se de ressaltar que o tratamento desigual para sujeitos de direitos diferenciados deve respeitar certos parâmetros para evitar a criação de privilégios abusivos e lesivos ao próprio Princípio da Igualdade, gerando distorções sérias no Estado Democrático de Direito.

Um desses privilégios que reputo extorsivo é o preceito há muito esposado na doutrina e jurisprudência, fruto ainda de uma Jurisprudência arraigada nas pechas do autoritarismo, de que a DÍVIDA TRIBUTÁRIA é IMPRESCRITÍVEL e não pode ser alegada de ofício pelo juiz.

Esclareço a seguir e dou os motivos porque entendo que a prescrição é cabível nos Executivos Fiscais e também porque pode a prescrição ser alegada de ofício pelo juiz em virtude do interesse público e da aplicação do Art. 174 do CTN.

2.2 A prescrição do crédito tributário

A prescrição tem seu fundamento na paz social, na tranqüilidade da ordem jurídica, ou seja, se uma determinada ação judicial não for exercida dentro de um determinado prazo, perde o interessado a faculdade de invocar o Judiciário para fazer valer a sua pretensão. Tal entendimento já é milenar dentro da tradição romanista do direito, vindo aqui estabelecida em límpida e clássica lição do Prof. Caio Mário:

“O direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. Mas se ele se mantém inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situ-

ação contrária ao direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar perpétua incerteza a vida social. Há, pois, um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, vol. 1, Forense: Rio de Janeiro, 1997, pp. 437)

No direito tributário, segundo doutrina majoritária, a prescrição não atinge apenas a ação de cobrança do crédito tributário, mas também extingue o próprio direito de exigibilidade do respectivo crédito. (c.f. MACHADO, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário, Malheiros: São Paulo, 1993, pp. 147-148). Isto pode ser observado pela interpretação integrativa e sistêmica dos artigos 174 e 156 do Código Tributário Nacional:

“Art. 174. A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

V - a prescrição e a decadência,”

Como se observa, o instituto da prescrição tributária não afeta meramente o direito de ação de cobrança fiscal, mas o próprio direito subjetivo da Fazenda de ter um crédito tributário a seu favor. Tal lição é também bem explicitada por Paulo de Barros Carvalho:

“Aos débitos prescritos, não caberia a restituição, porquanto, embora houvesse perecido a ação, o sujeito pretensor continuava titular do Direito. De qualquer ângulo pelo qual se examinem as duas situações (caducidade e prescrição), o nexó obrigacional estará extinto. Até o Código Tributário Nacional reconhece, catalogando o instituto entre as formas extintivas.” (CARVALHO, Pau-

lo de Barros Carvalho. *Curso de Direito Tributário*, Saraiva: São Paulo, 1996, pp. 320)

É importante ressaltar que a prescrição na órbita tributária não é definitivamente afastada quando ocorre a propositura tempestiva da Ação de Execução fiscal. Este momento da proposição da ação junto aos órgãos do Poder Judiciário implica apenas a interrupção da prescrição que poderá no futuro continuar a ser contada para efeitos de extinção do processo.

Assim, deve a Fazenda Municipal (exequente) sempre procurar atuar positivamente no sentido de fazer valer sua pretensão executiva, agindo com diligência e evitando a inércia.

A inércia implica em perda do interesse processual na continuidade da Ação Executiva, podendo gerar o reinício da contagem do prazo prescricional dentro da própria Execução Fiscal, ocorrendo depois de 5 anos a prescrição da pretensão ajuizada interna ou intercorrente, como é mais conhecida na doutrina.

Este aspecto fica bem latente na lição de Zuudi Sakakihara:

“O afastamento do efeito da prescrição pressupõe que o credor não apenas dê início à ação de cobrança, mas nela persista, durante todo o tempo de sua duração, por mais longa que seja, requerendo o que for pertinente e promovendo as diligências que forem necessárias. Se, a qualquer momento faltar a necessária diligência, houver negligência ou omissão na promoção da cobrança, a prescrição não estará afastada, pois a causa interruptiva, que foi a propositura da ação de cobrança, não estará cumprindo a finalidade que lhe é imanente. Em tal caso, a

prescrição deixará de estar interrompida, e terá reinício o seu curso, consumando-se ao final do prazo.” (FREITAS, Vladimir Passos de (coord.) *Execução Fiscal - doutrina e jurisprudência*, Saraiva: São Paulo, 1998, pp. 549)

Deve, pois, a Fazenda Municipal agir com diligência e procurar provocar o Judiciário para dar andamento aos executivos fiscais. A inércia da Fazenda Pública no curso da execução fiscal implicará prescrição intercorrente e conseqüentemente a extinção do processo de execução.

Conclui-se que o importante é que o Procurador Fazendário permaneça atento a todas as diligências realizadas dentro do processo, evitando assim possíveis alegações futuras de prescrição intercorrente. (GALLO, Antonio Felipe A. *A Fazenda Pública e a cobrança dos débitos fiscais*. Revista dos Tribunais: São Paulo, pp. 25)

Tal posicionamento da existência da prescrição no curso da execução fiscal por inércia da Fazenda Pública está fartamente delineado na Jurisprudência dos Tribunais Superiores:

“Processo civil. Execução Fiscal. Paralisação do feito. Prescrição intercorrente. **Ocorre a prescrição intercorrente com a paralisação do processo de execução fiscal por prazo superior a cinco anos, por exclusiva conseqüência da inércia do exeqüente.** Apelação provida” (TRF, 1ª Região, Agin 125130/BA, rel. Juiz Tourinho Neto, v.u., j. 30-10-89, DJU, 5 fev. 1990)

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ART. 40, DA LEI 6830/80, EM CONFRONTO COM O ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

1. AS REGRAS DO ART. 40 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI 6830 MERECEM INTERPRETAÇÃO EM HARMONIA SUBORDINADA AO PRINCÍPIO

GERAL DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA ASSUMIDO PELO ART. 174, DO CTN, CONSIDERADA LEI COMPLEMENTAR.

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NÃO APÓIA A IMPOSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO EM QUALQUER TIPO DE RELAÇÃO JURÍDICA, ESPECIALMENTE A DE NATUREZA TRIBUTÁRIA ONDE SEMPRE LITIGAM FAZENDA PÚBLICA E CONTRIBUINTE.
3. A PRESCRIÇÃO PARA A COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO É DE 5 (CINCO) ANOS, ART. 174, DO CTN, AÍ COMPREENDENDO-SE A INTERCORRENTE. EM CONSEQÜÊNCIA, SE O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL PERMANECE INERTE PELO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS, AGUARDANDO DILIGÊNCIAS DA FAZENDA PÚBLICA PARA SER MOVIMENTADO, CONSUMADA ESTÁ A PRESCRIÇÃO.
4. NÃO PREVALECE A DISPOSIÇÃO DO ART. 40 DA LEI 6830/80, EM FACE DA IMPOSIÇÃO SUPERIOR DO ART. 174, DO CTN.
5. RECURSO IMPROVIDO.” (STJ, Resp. 67254/PR, rel. acórdão Min. José Delgado, DJU, 09 set. 1996, p. 32328).

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. LEI Nº 6.830/1980, ART. 40. CTN, ART. 174, PAR. ÚNICO. O ART. 40 DO CTN HÁ DE SER INTERPRETADO EM CONSONÂNCIA COM O ART. 174 DO CTN.

A HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO NÃO PRESTIGIA A IMPRESCRITIBILIDADE DE DÍVIDA FISCAL, VIA

LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.” (STJ, REsp. 5375/RS, rel. Min. José Delgado, DJU, 14 out. 1996, p. 38931)

2.3 A falta do pedido citação, a prescrição intercorrente e a falta de condição da ação de execução: a hipótese dos autos.

Na hipótese dos autos, a falta de diligência da Fazenda Municipal é latente.

A Procuradoria Municipal não diligenciou a conteúdo dentro do prazo de 6 anos da propositura da presente Ação de Execução Fiscal (1990 a 1996) não provocando sequer o Poder Judiciário para que procedesse com a Citação regular da executada dentro do prazo legal.

O pedido de citação é dever da parte exequente em respeito ao art. 282, VII, do CPC e o art. 6º da Lei 6830/80:

- “Art. 282. A petição inicial indicará:
- VII - o requerimento para a citação do réu;
- “ Art. 6º. A petição inicial indicará apenas:
- III - o requerimento para a citação”

Se a Fazenda detém o privilégio processual de interromper a prescrição pelo simples despacho do Juiz, ordenando a citação na inicial, diferentemente da interrupção no processo civil que ocorre com a efetiva citação, nada mais óbvio que a Exequente asseverar desde logo e com máxima urgência a oposição desse despacho.

Se não o faz, inerte ficou a permitir a ocorrência de prescrição. Não se pode nem afirmar que o despacho não foi lançado por culpa ou inércia da justiça vez que notó-

rio e pacífico que a distribuição de feitos de interesse da Fazenda ocorre pelo sistema de distribuição eletrônica, somente sendo encaminhado às varas, meses ou anos após a distribuição, pois durante todo esse tempo, a própria Fazenda, mesmo ao arrepio da lei, emite uma carta de citação apócrifa, sem qualquer valor jurídico, e fica aguardando o retorno, somente insistindo no pedido de citação e encaminhando os autos, quando a carta enviada não surte os efeitos desejados.

A Fazenda Municipal, *in casum*, não asseverou, nem insistiu no pedido de citação da executada, ficando inerte por mais de 6 anos, o que demonstra seu desinteresse na continuidade da presente Ação de Execução Fiscal.

A Jurisprudência neste sentido é farta:

“TRIBUTÁRIO - EXECUTIVO FISCAL - SOCIEDADE DISSOLVIDA REGULARMENTE - SÓCIO-GERENTE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PRESCRIÇÃO INTERRUPTÃO.

I - OCORRE PRESCRIÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA FISCAL, QUANDO, ENTRE O EXERCÍCIO DA AÇÃO E A CITAÇÃO DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO, DECORRE PERÍODO SUPERIOR A CINCO ANOS. (STJ, REsp. 74040/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU, 11 mar. 19996, P. 6579)

“EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DO CREDOR. A JURISPRUDÊNCIA DA EGRÉGIA 2ª TURMA SE FIRMOU NO SENTIDO DE QUE, NÃO OBSTANTE O DISPOSTO NO ART. 40, “CAPUT”, E PAR. 3., DA LEI Nº 6830, DE 1988, A FALTA DE CITAÇÃO DO DEVEDOR POR MAIS DE CINCO ANOS CONTADOS DO DESPACHO

QUE A ORDENOU, IMPUTÁVEL A INÉRCIA DO CREDOR, AUTORIZA A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, A BASE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RESSALVA DE PONTO DE VISTA PESSOAL DO RELATOR. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.” (STJ, REsp. 8815/RJ, rel. Ministro Ari Pargendler, DJU, 16 out. 1995, p. 34632)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DESPACHO CITATÓRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. EFEITOS. LEI Nº 6830/80, ART. 8, IV. CPC, ART. 219, PARAG. 4, CTN, ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO.

INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL, A MERA PROLAÇÃO DO DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO DO EXECUTADO NÃO PRODUZ, POR SI SÓ, O EFEITO DE INTERROPER A PRESCRIÇÃO, IMPONDO-SE A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 8, PARAG. 2, DA LEI Nº 6.830/80, EM COMBINAÇÃO COM O ART. 219, PARÁG. 4, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E COM O ART. 174 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

EMBARGOS REJEITADOS.” (STJ, Embargos de Divergência em REsp. 36855/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU, 19 jun. 1995, p. 18598)

Ad cautelam, poder-se-ia argumentar que a culpa pela não efetivação da Citação é dos órgãos e serviços cartoriais do Poder Judiciário. Tal tese é deveras descabida porque quem interveio no Processo de Execução em epígrafe no ano de 1996 não foi nem mesmo a Fazenda Municipal/exeqüente, mas sim o ex-marido da executada que havia recebido uma Carta de Intimação, emitida pela Fazenda Municipal em nome da Vara, para pagar em 1996 o

valor do imposto referente aos exercícios fiscais de 1988-1990.

Este caso denota a total obscuridade e falta de organização da Procuradoria da Fazenda Municipal que não requereu nenhum tipo de citação em juízo, nem tampouco agiu com a cautela devida. A Fazenda quis cobrar seus créditos diretamente dos contribuintes, quando eles já estão inscritos em dívida ativa com certidão ajuizada em sede Judiciária. O que efetivamente fere o princípio do devido processo legal e da garantia de um procedimento judiciário sem vícios.

Em suma, fica atestada a inércia da Fazenda Municipal em requerer a este juízo a realização da Citação com as providências de Direito, estando o presente processo efetivamente prescrito.

Estado o crédito tributário prescrito, o título executivo extra-judicial representado pela Certidão da Dívida Ativa acostada aos autos também é nula de pleno direito, não contendo o requisito da EXIGIBILIDADE que é um dos pressupostos para o ingresso e permanência em juízo com um Processo de Execução.

Neste sentido observar o artigo 586 do CPC:

“Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”.

Pode-se argumentar que a CDA tem presunção de liquidez e certeza, conforme o art. 3º da Lei 6.830/80, mas não goza de presunção de exigibilidade. Tal fato é verídico e legal, podendo o juiz, quando recebe a inicial e a CDA *initio litis* indeferir-la de plano por falta de elementos essenciais ou então pode o juiz durante o prosseguimento do processo declarar incidentalmente a invalidade ou ilegalidade do respectivo título com base em disposições de ordem pública, como a prescrição.

No presente caso, devido à inércia da Fazenda Municipal, a ação e o crédito tributário sofreram a prescrição intercorrente. Perdeu o título executivo a sua condição essencial de exigibilidade. Faltando, pois, uma das condições da execução fiscal, qual seja: a da exigibilidade, o processo não pode ter seguimento, devendo ser extinto por falta de uma das condições essenciais à execução.

Pode-se também discutir que o juiz não poderia alegar de ofício a prescrição em face de direitos patrimoniais quando não houver a alegação e provocação dos envolvidos no Processo de Execução.

Considero que esta disposição não está presente na órbita do Direito Público e do Direito Tributário, sendo apenas justificável no âmbito do Direito Privado. Explico o porquê:

Não se pode estabelecer a prescrição *ex officio* no Direito Privado, pois o juiz não pode interferir nas relações privadas das pessoas sem que seja provocado. São os interesses resguardados na órbita privada disponíveis e que admitem até mesmo no plano patrimonial a transação com a solução “amigável” do conflito intersubjetivo. Se realmente o juiz interviesse estaria exorbitando seus poderes e competência, julgando *ultra petita*.

Entretanto, na órbita do Direito Público e do Direito Tributário, entendo dever-se proteger na realidade o INTERESSE PÚBLICO, a SEGURANÇA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS e a SOLUÇÃO PACÍFICA E CÉLERE DOS CONFLITOS ENTRE O ESTADO E O CIDADÃO, podendo o juiz decretar de ofício até mesmo a prescrição, porque o interesse patrimonial que se está a resguardar não é apenas do ente estatal, ou do cidadão executado, por exemplo, mas é um interesse de toda a coletividade que busca no Estado não um voraz caçador

de tributos, mas sim um prestador de utilidades e serviços públicos.

Entendo, pois, que este privilégio de não se poder alegar a prescrição de ofício pelo juiz quando o que está em jogo são interesses públicos é ABUSIVO e reflexo de uma ÉPOCA DITATORIAL que o Brasil viveu, tempo em que os direitos do cidadão foram alijados, o Estado se sobrepunha e o judiciário somente era tolerado para decidir sobre conflitos de direito privado, devendo a Jurisprudência modificar este posicionamento, evitando a procrastinação *ad infinitum* de diversas ações propostas pelo Poder Público, que por sua vez não diligencia com cautela para uma efetiva colaboração com uma célere prestação jurisdicional.

O juiz tem de tomar certas posições e atitudes, utilizando o Processo e o Direito não apenas como um mero cumpridor da lei. O juiz tem uma função social maior de interpretar a lei em consonância com os anseios populares e em conformidade com os valores maiores retores de nossa sociedade. Além do mais, das decisões judiciais do primeiro grau contra os interesses da Fazenda, cabe, muito acertadamente, para efeito de segurança, a revisão obrigatória em duplo grau de jurisdição.

“Se aplicar a regra legal que destoe do senso geral da sociedade, que conduza à discriminação do indivíduo menos afortunado em razão da opressão social, que, portanto, afronte o direito natural e a lei moral, estará o juiz substituindo o que é jurídico pelo legal, a legitimidade pela legalidade. Se permanecer preso ao rigor da lógica da lei abstrata nunca será um juiz, mas apenas um magistrado. Hans Reichel assim entende ao dizer: O juiz é obrigado, por força do cargo, a afastar-se, conscientemente, de uma disposição legal, quando essas disposições de tal

modo contraria o sentimento ético da generalidade das pessoas que, pela sua observância, a autoridade do Direito e da Lei correria um perigo mais grave do que através da sua inobservância. Esse o verdadeiro conceito de Direito Alternativo, que não implica desordem jurídica, senão em aprimorar a Justiça com a interpretação da lei em conformidade com o Direito e sua aplicação visando o justo ideal, ou das normas supralegais como meio-termo entre o rigor lógico-formal e a equidade contra *legem*.” (ROMANI, Degobreto. *Direito Alternativo e desordem*. O Estado de São Paulo, 30.1.91, p. 23)

3.4 A litigância de má-fé

O Código de Processo Civil estabelece que compete ao juiz velar pela rápida solução do litígio, tratando com isonomia as partes litigantes (art. 125, I, II).

Na presente execução, a Fazenda Municipal se mostrou inerte ao longo de 6 anos a partir da propositura da ação executiva fiscal. Depois deste longo período com a ação já prescrita, pleiteou por provocação do ex-marido da executada que se procedesse à citação da parte ré.

Neste caso, atesta-se claro exemplo de litigância de má-fé por prática de atos processuais temerários, quando sabemos que no processo deve-se agir com lealdade e em conformidade com os ditames morais e éticos reinantes. Transcrevemos os dispositivos do CPC a este respeito:

“Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

II - proceder com lealdade e boa-fé;

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

Explicando a atitude de litigância de má-fé da Fazenda Municipal, segundo Moacyr Amaral Santos, “de má-fé reputa-se o litigante, na consonância do inciso V... que procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo. Proceder de modo temerário corresponde a proceder sem razão, sem ponderação, com manifesta imprudência, em detrimento da parte contrária. Na temeridade poderá haver dolo ou apenas culpa grave.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* - vol. 2, Saraiva: São Paulo, 1995, pp. 321)

É o caso dos autos pois, ao pleitear uma citação por edital em dívida já claramente prescrita, a Fazenda Municipal apenas quer procrastinar a decisão sobre o feito e emperrar os órgãos do Poder Judiciário, agindo com culpa no prosseguimento de uma Execução que não tem mais fundamento legal.

Assim, por esta atitude deve o juiz impor à Fazenda/ exequente uma multa por litigância de má-fé em conformidade com o art. 18 do CPC:

“Art. 18. O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar a parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou”

3.5 A extinção do processo de execução:

Aplicam-se subsidiariamente ao processo de execução as disposições que regem o processo de conhecimento. (art. 598, CPC).

Conseqüentemente, pode o juiz extinguir o processo de execução utilizando os preceitos do processo de co-

nhecimento, em especial os artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil.

Logo, havendo a prescrição da ação de execução fiscal, como ocorre no caso em tela, pode o juiz decretar extinto o processo com julgamento de mérito com base no art. 269, IV, sem burlar a lei e os princípios processuais.

“Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito:

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;”

3. DISPOSITIVO

Posto isto, julgo extinta a Execução Fiscal nº 00190037301-7, e embora reconhecendo, deixo no entanto de condenar a Fazenda Municipal por litigância de má-fé em virtude de não haver se consolidado a completação da relação processual, não causando, pois, prejuízos.

Realizem-se as anotações de praxe e depois de passado o prazo para o recurso voluntário, remetam-se os autos de ofício para o Egrégio Tribunal de Justiça, para o reexame necessário. (art. 475, II, CPC)

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Recife, 16 de novembro de 1998.

Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Juiz de Direito

– Pesquisa de Jurisprudência realizada por Marcos André Couto Santos, Acadêmico de Direito. Atendente Judiciário da 3ª Entrância e Assessor do Juiz Titular da 4ª Vara da Fazenda Pública Municipal.

PARECER. CPRH

Fernando José Pereira de Araújo

Advogado, Professor Universitário, e Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

Sociedade Anônima de Economia Mista. Papel institucional em face da nova Ordem Constitucional Brasileira, Federal e Estadual. Necessidade de adequar sua missão constitucional dentro de um modelo de entidade Administrativa condizente com o conteúdo de suas obrigações legais, buscando tal adequação entre as figuras jurídicas que, na vigente conjuntura política - administrativa, integram a administração indireta do Estado, de modo a bem cumprir as imposições da Lei Maior estadual, e que lhe afetam de preservar, proteger e restaurar os processos ecológicos essenciais; conservar o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas, impedindo alterações físicas, químicas ou biológicas, direta ou indiretamente nocivas à saúde, à segurança e ao bem-estar da comunidade pernambucana. Adequação da Entidade a também um novo organograma estrutural, de órgãos de direção e técnicos, com previsão de funções mais bem definidas, compatíveis com a nova realidade constitucional; compatibilização da legislação constitucional e estadual, inclusive manuais, com a legislação federal.

Introdução

Solicita-nos a Companhia Pernambucana de Controle da Poluição Ambiental e de Administração de Recursos Hídricos - CPRH, através da Coordenação do GTZ, estudo à luz das Constituições Federal e Estadual, bem assim da legislação infraconstitucional sobre o meio ambiente, a fim de esclarecer se a Entidade pode continuar desempenhando suas tarefas constitucionais e legais através da atual estrutura administrativa de sociedade anônima de economia mista, dadas as características e natureza jurídica dessa estatal por ser ela adequada, ou caso contrário, qual a figura de entidade jurídica que melhor se harmonizaria com o papel legal da Companhia.

Caso prevaleça a tese de mudança de figura jurídica administrativa para abrigar a estrutura e missão da CPRH, o assunto, ao que pretende a direção, será levado à discussão dos técnicos e servidores da entidade, de modo a que uma possível metamorfose possa se dar em clima de compreensão, harmonia e convicta aceitação. O debate, aliás, ensejará apresentação de contribuições que sirvam para enriquecimento da proposta de mudança se esta prevalecer.

Superada toda essa fase, na hipótese de mudança, a direção da Companhia fará remessa à chefia do Executivo Estadual, através da Secretaria de Estado, à qual se acha vinculada de dois projetos de lei. Um dispendo sobre a extinção e criação de entidades da administração indireta de Estado, transferência e incorporação de bens, direitos e encargos e absorção de pessoal. O outro, alterando, modificando, consolidando e adequando a legislação estadual sobre o meio ambiente em Pernambuco, inclusive os manuais de normas, rotinas e procedimentos em vigor na CPRH.

A oportunidade de emissão deste parecer não poderia ser melhor para falarmos o que, de certo modo, já vimos falando em sala de aula, quando, dentro do conteúdo programático da disciplina Direito Administrativo, lecionamos a problemática do meio ambiente.

Ou seja, que a consciência ecológica é fato recente. Somente agora o homem entendeu que precisa respeitar a natureza para merecer dela igual respeito. Ele constatou, também, que a técnica não é capaz de tudo: às vezes, ela não repõe, não corrige, não restaura.

Empolgado com certas descobertas, o homem mudou a face da terra. Encurtou distâncias, venceu doenças, domou certas forças da natureza, mas não racionalizou esse avanço. Como um apaixonado, não procurou, primeiro bem conhecer o par, seu gênio, seus hábitos, enfim, seus gostos e talentos. Avançou. Inverteu a ordem natural das coisas, ou seja: sentiu, teve vontade e só depois é que pensou. O resultado aí está, de um progresso sem planejamento global, sem solidariedade. O egoísmo e a insensibilidade marcaram a mudança do homem. O ter venceu o ser. E o ter dissociado de ser é tragédia. O ter é para servir ao ser.

A consciência ecológica fez o homem intuir melhor o conceito de direito à vida. Esse direito natural ou humano não se limita à integridade física, moral e mental, mas a ela e ao seu derredor. Ou seja, o direito à vida abrange o direito ao ambiente salubre, e corretamente preservado. E esse ambiente preservado não se esgota na conservação dos rios e das florestas, de sua flora e da sua fauna. É mais elástico. Abrange, por exemplo, o direito à memória do passado, isto é, à preservação da arquitetura, das obras, das ruas, do casario, das artes, das tradições, pois é cientificamente provado que o homem não sobre-

vive mentalmente íntegro sem passado. Daí a expressão “é preciso preservar o passado, para se poder construir o futuro”. Mário de Andrade¹ de certa feita disse: “Defender o nosso patrimônio histórico e artístico é alfabetização”.

À medida que a humanidade toma consciência de que é preciso usar a natureza, desfrutando de suas riquezas e de seus prazeres, de forma racional, cresce também o sentimento de que é urgente conter o capitalismo no que ele tem de voraz, de destruidor (falamos só no capitalismo, porque ele está sozinho no mundo e é destruidor - vem sendo letal à natureza desde o início - e o outro sistema que podia lhe fazer frente, forçar a sua humanização, desapareceu).

Não se pode condenar a essência do capitalismo, já que ela dá ênfase ao trabalho, ressalta a importância das profissões e sua valorização. Augura como benfezaja a criação e acumulação de riquezas pelo trabalho e pela poupança. Porém, a praxis do capitalismo tem sido cruel, de exasperação, apresentando os seus críticos como verdadeiros inimigos, quando eles é que são inimigos da natureza, dos direitos fundamentais do homem.

Assim, o lucro passou a ser um deus e da noção de consumo se caminhou para um consumismo exagerado, de “crescer” a todo custo, mesmo que postergando valores e princípios; o planejamento deixou de ser um olhar para o futuro das gerações, mas a certeza de bons ganhos a curto e médio prazos e os bens naturais não são levados em conta, senão como matéria - prima.

E mais: passou a ser regra a instituição da competição desmedida e até da dominação de uns homens sobre os outros, de povos e de Estados entre si.

¹ Cfr., *Proteção e Revitalização do Patrimônio Cultural no Brasil: Uma Trajetória*, Edição do Ministério da Educação e Cultura - MEC/ SPHA N/PRÓ-MEMÓRIA, Brasília, 1980, pág. 5

Com efeito, se por um lado o capitalismo trouxe avanços tecnológicos e a urbanização do mundo, gerando benefícios, por outro causou sérios e pesados transtornos. Primeiro, porque os benefícios não foram justamente distribuídos, inclusive no que tange à qualidade de vida da cidade e do campo, gerando diferenças sociais e individuais gritantes. Segundo, não tendo havido planejamento racional, os espaços antes habitados por ecossistemas (as águas dos rios e dos mares, o subsolo e o solo, a fauna e os bosques), estão sendo substituídos por espaços onde se acumulam despejos inorgânicos (plásticos, lixos) e até por substâncias radioativas, poluindo e contaminando as águas, a superfície e a atmosfera.

Por via de consequência, temos diante de tudo isso verdadeiros atentados aos direitos humanos de uma vida em ambiente salubre, de suas condições ambientais, enfim, de sua qualidade de vida.

Para combater tudo isso, dois instrumentos básicos são utilizados em favor dos ofendidos, o que se tem conseguido à custa de muita luta e de muita pressão: as legislações de combate à depredação da natureza, em prol de sua utilização racional e as conferências mundiais sobre o meio ambiente - sem olvido das Organizações Nacionais e Internacionais não Governamentais - ONGS.

No que pertine ao arcabouço legislativo - conquanto se saiba que ele sozinho não basta, pois sem ações positivas dos poderes públicos e das pessoas - o Brasil possui boa e farta legislação no plano do direito ambiental², a

² A expressão direito ambiental não é pacífica, apesar de já consagrado no direito brasileiro. Há quem prefira direito do meio ambiente, direito ecológico etc. A propósito, Paulo Afonso Machado Leme, op. cit., pág. 1, citando Rita Mota Campos et ali, autores portugueses de “O Direito do Ambiente”, chama a atenção para o fato de que, “embora seja bem sonante”, não é contudo a mais correta, isto porque envolve em si mesma um pleonasmO. O que acontece é que ‘ambiente’ e ‘meio’ são sinônimos porque ‘meio’ é precisamente aquilo que envolve, ou seja, o ‘ambiente’.

partir de dispositivos na própria Constituição Federal.

A Constituição Federal/88, no capítulo VI, que trata do meio ambiente, diz no caput do art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

Os parágrafos e incisos desse artigo são todos tendentes ao uso racional e preservacionista da natureza e de suas riquezas.

Afora a previsão constitucional, podemos ressaltar os seguintes diplomas legais pertinentes à defesa e preservação do ambiente:

Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937 - organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

2. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), arts. 165/166 - impõem pena de detenção de até dois anos para quem destruir, inutilizar, deteriorar ou mesmo alterar, sem licença da autoridade competente, coisa tombada ou o aspecto de local protegido por lei;
3. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Ação Civil Pública) - disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

4. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 - dispõe sobre a Política Nacional do Meio - Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências;
5. Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981 - dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, áreas de Proteção Ambiental, e dá outras providências;
6. Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980 - dispõe sobre as diretrizes básicas para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências;
7. Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975 - dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividade industrial.
8. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 - dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências;
9. Lei nº 5.357, de 17 de novembro de 1967 - estabelece penalidades para embarcações e terminais marítimos ou fluviais que lançarem detritos ou óleo em águas brasileiras, e dá outras providências;
10. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal).
11. Lei nº 4797 de 20.10.65, que torna obrigatório, pelas empresas concessionárias de serviço público, o emprego de madeiras preservadas e dá outras providências.

12. Lei n.º 9.605, de 12.02.98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.
Medida Provisória n.º 1.710-1, de 08.09.98, que acrescenta dispositivo à Lei n.º 9.605, de 12.02.98.

No Plano Estadual:

13. Lei n.º 7541 de 12 de dezembro de 1977, que dispõe sobre a prevenção e controle da poluição ambiental e estabelece normas disciplinadoras da espécie.
14. Lei n.º 9860 de 12.08.86, que delimita as áreas de proteção dos mananciais da Região Metropolitana do Recife e estabelece condições para preservação dos Recursos Hídricos.
15. Lei n.º 9931 de 11.12.86 que define como áreas de proteção ambiental as Reservas biológicas constituídas pelas áreas estuarinas do Estado de Pernambuco
16. Lei n.º 9.988 de 13 de janeiro de 1987, que dispõe sobre normas de proteção ambiental e dá outras providências.
17. Lei n.º 9.989 de 13.01.87 que define as Reservas ecológicas da Região Metropolitana do Recife.
18. Lei n.º 11.021 de 03 de janeiro de 1991, que disciplina a estrutura, competência e funcionamento do Conselho Estadual do Meio Ambiente e dá outras providências.

19. Lei n.º 11.206 de 31.03.95, que dispõe sobre política florestal do Estado de Pernambuco e dá outras providências.
20. Lei n.º 11.426 de 17.01.97, que dispõe sobre a política estadual de Recursos hídricos e o plano Estadual de Recursos hídricos, institui o sistema integrado de Gerenciamento de Recursos hídricos.
21. Lei n.º 11.427 de 17.01.97, que dispõe sobre a conservação e a proteção das águas subterrâneas do Estado de Pernambuco, e dá outras providências.
22. Lei n.º 11.516, de 30.12.97, que dispõe sobre o licenciamento ambiental, infrações ao meio ambiente e dá outras providências.

As conferências mundiais sobre o meio ambiente surgiram como um meio de luta contra a devastação da floresta. A consciência mundial passou a se alarmar com a deterioração do meio ambiente, bem assim o esgotamento dos recursos naturais existentes no mundo inteiro. Era preciso um grito de alerta para denunciar certas práticas, inclusive a do perigo da divisão do mundo entre países ricos e pobres.

As conferências fizeram (e têm feito) ver aos países, sobretudo os ricos, da necessidade de se adotarem certas medidas com vistas a conter o avanço da desmatagem. Assim, tem sido proposto o desenvolvimento de tecnologias de antipoluição, inclusive daquelas que visem à reciclagem dos produtos; de contenção do crescimento demográfico desordenado; de medidas para construção de

casas populares, para melhoria ambiental da residência humana, como também para diminuir a produção dos materiais sintéticos e incrementar a manufatura dos degradáveis não-poluentes.

A primeira conferência de que se tem notícia aconteceu em Estocolmo, Suécia, de 05 a 16 de junho de 1972, por iniciativa da ONU, e compareceram 1.200 delegados, 112 países e 300 observadores. O documento final desse evento, entre outras coisas, proclamou o dia 05 de julho como Dia do Meio Ambiente e a necessidade de convocação de novas conferências periodicamente³.

O Brasil foi sede de uma dessas conferências: a Eco 92, no Rio de Janeiro, de 05 a 12 de junho.

O anúncio da Conferência foi marcado por um quadro estatístico nada animador: comparando a situação do mundo entre a primeira conferência, 20 anos antes, e a do Rio, verificou-se que o planeta agoniza de forma dramática: está mais sujo, as matas são menores, há centenas de milhares de espécies a caminho da extinção e efeitos na atmosfera podem provocar um desarranjo ecológico de proporções planetárias.

O drama atinge, agora, países ricos e pobres, como em Bombaim, onde respirar o ar durante um dia equivale a fumar meio maço de cigarros. Ou no Brasil, onde os rios que cortam as principais cidades morreram ou estão morrendo pelos dejetos industriais e humanos, sem contar com a devastação de suas florestas. A situação na África e na Ásia não é muito diferente.

3 Cfr. A Poluição, Impresso em Madri: Editora Salvat do Brasil S/A, Gt - Grandes Terras, Vol. 1, 1979, pág. 130.

O devastamento das florestas provoca a extinção de aproximadamente 50.000 espécies/ano⁴. Além disso, milhões de toneladas de gases de carbonos são jogados no ar pelos automóveis, sem falar nas 950.000 toneladas das queimadas da Amazônia, o que ameaça não só os pulmões, mas a própria vida dos homens.

Tudo isso nos mostra que é preciso uma ação ainda maior em favor dos direitos humanos, o que deve partir das escolas de Direito, que não podem se limitar a transmitir apenas conhecimentos científicos ou técnicas do Direito. Ao contrário, precisam ser o centro de humanismo que já foram no passado. Isto porque o Direito é uma ciência humanista por excelência e não pode prescindir dos conhecimentos das demais ciências que estudam o homem. Ele participa diretamente das virtudes e dos defeitos da inteligência e da vontade humana, trazendo consigo elementos contraditórios, que reclamam um exame crítico de suas bases (exame do valor para distinguir o verdadeiro do falso).

Somente assim, influyendo na formação dos jovens, desde os primeiros momentos escolares até a universidade, poderemos passar a eles o verdadeiro sentido e alcance do Direito e a importância de bem conhecer o fundamento dos chamados direitos naturais ou humanos. Sem isso, a pregação nesse sentido será inócua, porque o tecnicismo exacerbado, inclusive o voltado para o Direito, continuará fazendo vista grossa à destruição do planeta, pelo desrespeito aos direitos do homem.

4 "Fonte dos Indicadores Ecológicos", Revista Veja, edição n. 1.231, de 22.04.92, citando dados do The World Resources Institute.

2 CPRH - figura jurídica - natureza de sua atividade

A COMPANHIA PERNAMBUCANA DE CONTROLE DA POLUIÇÃO AMBIENTAL E DE ADMINISTRAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS - CPRH, é uma sociedade anônima de economia mista, do tipo majoritária, já que o Estado de Pernambuco é detentor da maior parte do capital constitutivo da empresa, criada por força da autorização contida na Lei n.º 7.267, de 16 de dezembro de 1976, tendo por objetivo, na forma do art. 1º do diploma legal em apreço:

o controle da qualidade do meio ambiente, água e solo;

o exercício das funções de pesquisas e de serviços científicos e tecnológicos, direta e indiretamente relacionados com o seu campo de atuação;

o treinamento de pessoal;

a administração e o desenvolvimento dos recursos hídricos em todo o território do Estado de Pernambuco, visando à utilização racional do meio ambiente;

a autorização, com exclusividade, mediante expedição de licenças, da instalação, construção ou ampliação, bem como da operação e do funcionamento de equipamentos para controle das fontes de poluição;

a aprovação, com exclusividade, dos projetos e das obras que em objetivarem a autorização, concessão ou

permissão para o uso, acumulação ou derivação de águas do domínio estadual ou federal, que lhe seja delegada.

Como é por todos sabido, sociedade de economia mista é sociedade sob a forma mercantil comum. É o Estado atuando no campo industrial ou comercial, atividades impulsionadas pelo lucro. De efeito, não nos parece que os objetivos da Companhia atrás transcritos se harmonizem com a natureza jurídica de uma sociedade anônima, muito embora entre seus objetivos possa estar a previsão de ação capaz de gerar recursos. Na verdade, as tarefas precípua da Companhia são a preservação, a conservação, a defesa do meio ambiente, o que somente será possível através do uso do Poder de Polícia, forma de representação do jus imperium estatal.

3. Administração descentralizada do Estado

EVOLUÇÃO HISTÓRICA. Desautarquização. Fundação. Evolução histórica. Inspiração no direito privado. Fundação de direito público. Histórico. Posição no direito positivo antes e depois da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Razão de emprego pelo direito positivo brasileiro. Intervenção do Estado na atividade econômica.

A descentralização dos serviços públicos ocorre quando a titularidade dos serviços, sua execução ou execução e titularidade são atribuídos a outra entidade distinta da Administração Pública Central. A descentralização se opera para pessoa pública ou para pessoa privada. Segundo Diógenes Gasparini,⁵ “o serviço vai da Admi-

5 Cfr.. *Direito Administrativo*, 3ª edição, revista e ampliada, editora Saraiva - São Paulo - SP - 1993, pág. 241.

nistração Pública, sua titular, ao administrado, seu beneficiário último, através de uma interposta pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental, que o executa e explora”.

Embora a doutrina feita no país viesse referindo-se a Administração Descentralizada, a legislação acabou consagrando a expressão Administração Indireta, na conformidade do Inciso II, do art. 4º do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Reforma Administrativa Federal), confirmando-a a vigente Carta Política brasileira no caput do art. 37, que trata da Administração Pública.

As primeiras entidades descentralizadas a funcionarem no Brasil, lá pelos anos 20 do presente século, foram as autarquias.

A autarquia representou uma forma nova e revolucionária de Administração Pública para o ambiente brasileiro da época.

Os servidores das autarquias tinham um regime bem diferente do que vigorava para os servidores públicos da Administração Centralizada ou Direta.

Para se ter uma idéia, os servidores do Instituto de Aposentadorias e Pensões das Indústrias IAPI, aposentavam-se nas mesmas condições dos segurados comuns; tinham direito a uma gratificação de fim de ano e, periodicamente, de acordo com os conceitos de merecimento emitidos pelas chefias, recebiam acréscimos bienais.

Aos poucos, todavia, o quadro foi-se alterando. Assim é que, em 1943, o Decreto-lei n.º 5.527, de 28 de maio desse ano, determinou que os Estados, Municípios, territórios, Prefeitura do Distrito Federal, autarquias e órgãos paraestatais adotassem a classificação, nomenclatura e regime de salário de cargos e função de extranumerário da União, e proibiu que essas entidades atribuíssem

aos seus servidores ou empregados vencimentos, remuneração ou salários superiores aos dos servidores civis da União, observada identidade, semelhança ou equivalência de funções.

Esse foi o início do processo de desautarquização para alguns juristas. A situação prossegue com a Lei n.º 1.162, de 22.07.50, estabelecendo, para os servidores das autarquias pertencentes ao patrimônio da União, o mesmo regime de aposentadoria e pensão em vigor para os funcionários públicos, e, em seguida, veio o art. 252, II da Lei n.º 1.711, de 28.10.52, tornando o Estatuto aplicável, “no que couber”, aos servidores autárquicos; no entendimento de alguns juristas, estava-se retirando delas um dos seus traços característicos e uma das razões do êxito que sua adoção teve em outros países. Estava, pois, barrado o caminho de alcançar, sem as peias e entaves do serviço público, objetivos de interesse coletivo. Tinha início, mesmo em relação a esses entes, o processo de controle do Estado, a rede de proibições, com toda a sua parafernália de decretos, pareceres e circulares.

Como as autarquias tivessem então entrado nos mecanismos burocráticos de controle, e considerando que as empresas públicas e sociedades de economia mista não eram a melhor solução para a administração de certas atividades, como por exemplo, as de caráter cultural, assistencial ou educacional, de fiscalização e controle da ação dos administrados, por serem estas atividades públicas de natureza não lucrativa, e da competência inequívoca do Estado, buscou-se, então, nova forma de administração que, fugindo aos modelos já superados, pudesse dedicar-se a atividades públicas não lucrativas e outras supletivas da ação do Estado.

Encontrou-se tal figura ideal na fundação, instituto nascido na área do direito civil. Todavia, tal como já acontecera

com a autarquia, a fundação acabou sendo motivo de nova polêmica que, para alguns, nada mais representa, senão o desejo de soluções legislativas nem sempre felizes de colocar meios de controle burocrático onde não deve existir.

De fato, as fundações criadas foram aos poucos apresentando características indisfarçáveis de autarquias. E tanto isso é verdade que já em 1956, o Substitutivo da Comissão de Reforma Administrativa, e de que foi relator o deputado Gustavo Capanema, no inciso 3 de seu art. 10, dispõe expressamente⁶:

“A Fundação Brasil Central, criada pela lei federal como pessoa jurídica de direito privado, passa a constituir uma entidade autárquica”.

Na verdade, o que os fatos bem demonstram é a polêmica doutrinária e fundação jurisprudencial salutar havida no Brasil e no mundo entre os que defendiam a existência de fundação pública, como espécie do gênero fundação, portanto, merecedora de todos os controles próprios de quem administra o dinheiro público, e a fundação privada, regulada pelo Código Civil.

Essa situação somente foi contornada com o advento da Constituição Federal de 88, que fez referência expressa ao instituto e determinou no Inciso XIX do art. 37 a lei como instrumento para sua criação. É a consagração do ponto de vista doutrinário segundo o qual o Estado tanto pode criar entidades públicas quanto privadas. A Pública responde a um regime de direito público, e a privada, atende a um regime de direito privado.

Isso não obstante, é oportuno, por amor à verdade científica, recordar alguns instantes da evolução da fundação pública no Brasil.

6 Cfr. *Revista do Serviço Público* (órgão editado pelo DASP) vol. 73 n.º 3, dezembro de 1956.

No último ano da década de 1950 e início do ano de 1960, houve uma demanda no Estado de São Paulo envolvendo a diretoria de uma fundação e a questão se tornou célebre⁷.

Discutia-se no processo a competência do Poder Público de afastar, a pedido do Ministério Público, dirigentes de uma determinada fundação.

Relatam os autos que, em virtude de denúncia de malversação de patrimônio e de irregularidades graves, bem como de administração ruínosa e em benefício próprio, por parte dos administradores dessa fundação (sediada na capital do Estado de São Paulo), o Ministério Público local promoveu, em juízo, a sindicância administrativa necessária à apreciação dos fatos acusatórios. Pediu o afastamento cautelar dos diretores.

A disputa chegou até o Supremo. Prevaleceu a tese sustentada por Seabra Fagundes em parecer que se tornou clássico, conquanto o Supremo tenha entendido, pelo voto do Ministro Ari Franco, que somente os dirigentes em relação aos quais pesava a acusação da prática de irregularidade deveriam ser afastados e não todos. São suas palavras textuais:

“A intervenção da autoridade pública nas fundações não se faz pela destituição global de toda a diretoria, mas com o afastamento dos diretores, de cujas irregularidades se suspeitar, fundamentadamente, ouvindo-os previamente, salvo caso de absoluta impossibilidade”.

Pois bem, Seabra Fagundes, ao longo do seu culto parecer, emitido por solicitação da Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, defendeu a tese da necessidade de controle da entidade, mesmo quando encerre esta a natureza de direito privado, mas que aplique recur-

7 Cfr. *Revista Forense*, vol. 192, novembro/dezembro de 1960 pág. 90/95.

É inegável que, hoje, a técnica jurídica dispõe de instrumental de precisão capaz de delimitar, sem desvios, as áreas dentro das quais se devem situar as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

As empresas públicas e as sociedades anônimas de economia mista se multiplicaram no Brasil, sobretudo no plano federal, a partir do final da década de 40 em razão do modelo de desenvolvimento adotado pelo país. A concorrência, ou o monopólio do Estado, no campo de desenvolvimento econômico, estimulou a criação de empresas públicas, em cujo mecanismo de funcionamento, via-se mais condições ao desempenho de misteres de caráter comercial ou industrial¹¹.

A situação chegou ao exagero de empresas públicas e sociedades anônimas de economia mista exercendo função tipicamente estatal, disporem de poder de imperium (características da autarquia). Foi por isso que o ilustre jurista Waldemar Ferreira observou¹²:

“Se o Estado permite certo exercício de imperium, já se não trata de sociedade anônima de direito privado, mas de sociedade autárquica, ou paraestatal”.

De fato, uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista seriam igualmente desaconselháveis para exercer certos serviços típicos do Estado. Dotadas de personalidade jurídica de direito privado, seu objetivo está voltado para o lucro, o exercício de atividade de natureza empresarial ou mercantil. Sem sombra de dúvida, não poderá ser de direito privado uma entidade que, entre outras, tem a atribuição de exercer o poder de polícia do Estado.

¹¹ Cfr. *Sociedades Comerciais e Fundação do Estado*, in *Revista Forense* n.º 205 (fev-março 1964) pág. 417/420

¹² Cfr. *A Sociedade de Economia Mista em Seu Aspecto Contemporâneo* - Max Limonad editor, São Paulo, 1956 pág. 150/151.

Empresa Pública e Sociedade Anônima de Economia Mista diferem apenas quanto à formação do capital, porque, na primeira, o capital é exclusivo da União, dos Estados ou Municípios, enquanto a segunda apenas detém a maioria das ações com direito a voto, permitindo a participação minoritária particular, nos termos dos Incisos II e III, do art. 5º do Decreto-lei n.º 200, de 25.02.67.

A vigente Carta Magna Brasileira limitou a intervenção direta do Estado na atividade econômica a duas hipóteses: para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei, ex vi do art. 173.

4. Situação atual da administração pública no Brasil:

O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO. A Reforma do Estado Brasileiro. O desprestígio das empresas públicas. A previsão constitucional de desaparecimento obrigatório das empresas estatais deficitárias. O futuro novo Estado brasileiro.

A partir do Governo de Fernando Collor de Mello, no final da década passada, o Brasil se atrelou ao sistema econômico internacional guiado pelas superpotências, que prevê a globalização da economia, a redução do tamanho do Estado, a modernização dos meios de produção a ele atrelados.

Esse novo sistema, por evidente, não se coaduna com a visão que admite o Estado intervindo na economia através de monopólios e empresas estatais.

Daí ter nascido por lei, já em 1980, um programa de

privatização de serviços e empresas federais, tendo sido efetivamente vendidas através de leilões muitas delas.

Estados e Municípios foram entrando no programa, por adesão, ou mesmo por força do “rolo compressor” da economia, que não tolera descompasso com os novos tempos. E também passaram a vender suas empresas, seus bancos e demitir servidores públicos.

O Governo diz que simulacros de empresas não podem continuar inviabilizando o Estado, sugando seus recursos e não cumprindo suas típicas tarefas. Por isso, está propondo que ditas empresas sejam extintas em dois anos, somente permanecendo, em todos os níveis, aquelas que efetivamente sejam empresas e dêem lucro.

O Governo¹³ considera que o Estado somente deve atuar em setores essenciais da sociedade, retirando-se dos demais. São palavras textuais do Governo:

“O Estado continua amarrado pelo desequilíbrio das contas e pela desorganização interna, perda de técnicos qualificados, baixo desempenho e persistência no uso de formas atrasadas de gestão. As experiências bem sucedidas no mundo mostram que, para reverter essa situação, é fundamental uma burocracia ágil, moderna, capaz de planejar e promover as condições necessárias para o crescimento sustentado e socialmente justo. Nunca poderemos abrir mão da presença do Estado, por exemplo, na estabilização da economia, na segurança do cidadão, na educação, no estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento científico e tecnológico, e na garantia de bons serviços de saúde e de assistência social”.

E acrescenta:

“O objetivo da reforma é permitir que a administração pública se torne mais eficiente e ofereça ao cidadão

serviços com maior qualidade. Ou seja, que atenda melhor utilizando com mais eficiência os recursos disponíveis. O que se busca é uma administração voltada para a eficiência, ao contrário do que se tem hoje: uma administração voltada para o controle de processos”.

Esses fatos demonstram que as empresas públicas estão com os dias contados ou pelo menos em dificuldade de continuarem existindo. Não tanto pelo hibridismo jurídico que elas representavam e representam, tendo nome de empresas, de natureza privada, mas exercendo função típica de Estado, de polícia, de imperium - não por isso, mas pela força do modelo econômico internacional, o qual o Brasil adotou, que não as admite na órbita estatal.

Mas deixando de lado a consideração econômica, entendemos que a incongruência jurídica é realmente grave, pois muitas empresas públicas são verdadeiras autarquias.

Observe-se, à guisa de exemplo, o que disse o jurista Waldemar Ferreira¹⁴, sobre o Banco do Brasil, quando este exercia as funções do ainda não existente Banco Central, referindo-se a um caso de autarquia constituída sobre a forma de sociedade anônima:

“Haverá alguém, no Brasil, de algum senso jurídico, que possa, em consciência, haver o Banco do Brasil S/A, com os poderes públicos de que se acha investido e que são, por um desses contra-sensos que aberram maiores do que os poderes, quer do Poder Executivo, quer do Poder Legislativo, seja (sic) uma sociedade privada, apenas porque tem, como acionista, meia dúzia de pessoas naturais?”

14 Cfr. A Sociedade de Economia Mista em Seu Aspecto Contemporâneo - cit., pág. 105/106.

Por esse ângulo, levando em conta os problemas surgidos, tanto no âmbito federal, quanto no estadual e até no municipal, em consequência da proliferação das sociedades de economia mista que se afastam das normas gerais da lei de sociedades por ações, já era tempo de surgir uma disciplinação que impedisse a formação desses “minotauros jurídicos”, como expressou Celso Antônio Bandeira de Mello, impondo que a entidade somente assumisse uma forma em consonância com o conteúdo de sua função constitucional ou legal.

A questão no Judiciário se inclinou por admitir o hibridismo, mas de qualquer modo garantir as prerrogativas dadas aos entes públicos, quando a questão envolvia economia mista ou fundação privada. Veja-se, por exemplo, acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, já em 1958¹⁵, julgando o Agravo de Instrumento n.º 5.951:

“Competência - causa em que é interessada a Fundação Casa Popular - Compete ao Tribunal Federal de Recursos, nos termos da Constituição Federal (art. 104, II), julgar os feitos em que é interessada a Fundação da Casa Popular. Relator: Marcello de Queiroz Presidente - Martinho Garcez Neto, registrada em 11 de junho de 1956”.

A doutrina e a jurisprudência, pois, mostram que o simples apelo às palavras mágicas economia mista, empresa pública ou fundação privada, não basta para que todos os problemas se resolvam e ditas entidades se coloquem, sem margem para dúvidas, fora do campo do direito público.

A verdade, porém, é bem outra, e a experiência mostra que não é apenas rotular essa ou aquela entidade para que ela possa ser considerada pessoa jurídica de direito

¹⁵ Cfr. Diário de Justiça, Apenso ao n.º 7, 9 - 01 - 58, pág. 37.

privado. Isto porque, consoante mostramos atrás, há pressupostos que caracterizam uma entidade como pessoa jurídica de direito privado ou de direito público.

5. A C.P.R.H

Necessidade de adaptar-se às exigências das novas regras jurídicas da Constituição e das leis. A incongruência jurídica de Pernambuco em continuar contando com uma sociedade anônima mista para executar a política do meio ambiente. Autarquia ou fundação pública: figuras que melhor se adequam ao desempenho do papel hoje levado a efeito pela CPRH.

De tudo que foi dito até agora, fica claro que os relevantes princípios estabelecidos no capítulo IV, art. 204 e da ss. da Constituição do Estado de Pernambuco, promulgada em 05 de outubro de 1989, não podem ser levados a efeito por uma empresa estatal, muito menos uma sociedade anônima mista. Mais adequadamente se têm as figuras da autarquia ou da fundação pública.

É que, como já referido, as tarefas constitucionais e legais cabíveis a hoje CPRH exigem dela atitudes próprias de Poder Público, que, aliás, acham-se-lhe conferidos por lei. Assim é que, ao lado de funções como o treinamento de pessoal, o exercício de pesquisas e de serviços científicos e tecnológicos, direta e indiretamente relacionados com o seu campo de atuação, tem ela o poder de controlar a qualidade do meio ambiente; administrar o desenvolvimento de recursos hídricos; autorizar construções, expedir licenças, aprovar projetos etc.

Essencialmente, ela exerce tarefas de Estado. São atividades predispostas a condicionar, restringir ou limitar o uso, o gozo dos direitos das pessoas e das instituições, jurídicas e privadas, bem assim da propriedade.

Vê-se que essas atribuições não se prestam para ser executadas por uma empresa de natureza mercantil, que tem por escopo precípuo o lucro.

Ao contrário, as ações de uma entidade encarregada de realizar o que hoje faz, incongruentemente, a CPRH, são atividades voltadas para o bem-estar social. De prevenir e reprimir atividades nocivas ao bem comum ou a obstar seu desenvolvimento. Isso, não obstante, poderá a entidade continuar a exercer atividades outras, algumas até remuneradas, mas que não serão principais, desde que voltadas para os seus objetivos ou com eles condizentes.

Sobre ser melhor uma autarquia ou fundação pública, para nós é irrelevante. Todavia, não nos furtamos de apresentar alguns argumentos que possam influenciar a escolha da ideal figura entre as duas apresentadas.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a autarquia se tornou um conceito superado em Ciência da Administração, ou pelo menos um conceito gasto, que já não apresenta qualquer atrativo, pela pertinaz desfiguração jurídico-administrativa a que foi submetida.

No consenso geral, hoje, as autarquias estão equiparadas às repartições públicas, apesar de que em muitos casos até de maneira injusta. E essa idéia parece ter chegado e penetrado na consciência até dos leigos.

Hoje, no Brasil, vive-se, consciente ou inconscientemente, a era das fundações. Como se fora das fundações não houvesse solução. A palavra se reveste de uma espécie de sortilégio, como se tivesse ela poderes mágicos.

Até a literatura registra fatos pitorescos com relação ao instituto. Assim é que o grande Eça de Queiroz, ao traçar o perfil do inolvidável Pacheco, aquele que se tornou “superior e ilustre unicamente porque tinha um imenso talento”, não deixou de salientar que ele não deu ao

seu país nem uma idéia, nem um livro, nem uma obra, nem uma fundação¹⁶ (g.n)

Na esteira dessa visão, a Lei n.º 4024, de 20 de dezembro de 1961 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), já naquela época, dizia, na conformidade do seu art. 81:

“As universidades oficiais serão constituídas sob a forma de autarquias ou fundações; as universidades particulares sob a de fundações ou associações”.

Como é bem de ver, trata-se de uma questão de mera preferência.

Escolhida uma das duas figuras jurídicas aqui sugeridas, restará aos atuais dirigentes da CPRH, através da Secretaria do Estado à qual esta acha-se vinculada, encaminhar ao Governo um anteprojeto de lei, propondo a extinção da Companhia, a criação da nova entidade sucessória, a destinação dos bens, direitos e encargos daquela, e principalmente do seu pessoal, que poderá ser absorvido por outras empresas do Estado que tenham vínculo regular com a Companhia ou permanecer na futura entidade em quadro de pessoal em extinção, com regras definidas em lei.

A nova entidade, por abrigar competência de direito público, executará direitos de Poder Público, isto é, império ou faculdade de tomar deliberações obrigatórias ou de expedir regras às atividades ou às condutas individuais, terá a personalidade de direito público e sob regime de direito público será conduzida.

Em conseqüência, gozará das seguintes prerrogativas próprias das entidades autárquicas: imunidade de impostos relativamente ao seu patrimônio, renda ou ser-

16 Cfr. Correspondência de Fradique Mendes, in obras, Porto, Lello Simões, Editores, 1958, vol. II, pág. 1064

viços; prescrição quinquenal de suas dívidas passivas; ação executiva para cobrança de sua dívida ativa; impossibilidade de usucapião de seus bens; impenhorabilidade de seus bens e rendas; prazos em quádruplo para contestação e em dobro para interposição de recursos; pagamento de custas só a final, quando vencida em juízo; dispensa de exibição de instrumento de mandato em juízo, pelos procuradores de seus quadros; pagamento de dívidas judiciais através de precatórios; supervisão de Secretaria de Estado; seu pessoal submetido ao regime jurídico único; ingresso em seus quadros permanentes somente através de concurso de provas ou de provas e títulos; aquisição de bens, contratação de serviços e alienação destes, através de licitação.

Este é o parecer.

ESMAPE - BIBLIOTECA

340.05

P-01

EMPRÉSTIMO



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife/PE – CEP 50070.070