

REVISTA DA  
**ESMAPE**



Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

**28**

**Antecipação da Tutela**

*Araken de Assis*

**55**

**Mercosul e Integração Legislativa:  
O Papel da Magistratura  
Perante a Justiça Social**

*Caetano Lagrasta Neto*

**69**

**Do Poder Judiciário:  
Organização e Competência**

*Carlos Mário da Silva Velloso*

**296**

**Interceptação Telefônica**

*Luiz Vicente Cernicchiaro*



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

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

### DIRETORIA

**Diretor:**

**DES. JOSÉ NAPOLEÃO TAVARES DE OLIVEIRA**

**Supervisor:**

**DR. JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA**

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

**DR. RUY TREZENA PATU JÚNIOR**

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

**DRª. ALBA MARIA PIRES BARBOSA**

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

**DR. DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO**

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

**DR. JOSÉ FERNANDES DE LEMOS**

**Secretária Geral:**

**JOSINA DE SÁ LEITÃO**

## Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Volume 2 – Número 4  
abril / junho – 1997

### REVISTA DA ESMAPE

Recife

Trimestral

© Copyright by ESMAPE

**Comissão editorial:**

**Presidente:** Des. Antônio de Pádua Camarotti Filho

**Secretário:** Dr. Demócrito Ramos Reinaldo Filho

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

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

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

**Capa:** Paulo Rocha  
**Tiragem:** 1.000 exemplares

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

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

**SOLICITA-SE PERMUTA / EXCHANGE DISUED / ON DEMANDÉ ÉCHANGE**  
esmape@elógica.com.br



**Coordenação Editorial:**

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA  
Rua Conde de Irajá, 315 – Torre  
Recife-PE – CEP. 50.710-310  
Fones/Fax (081) 445.5191, 227.4807 e 227.4855

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

Descrição baseada em: Ano 2, n.4 (abr./jun. 1997)

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

Josi/ESMAPE-TJ

CDD 340.05

Impresso no Brasil/1997 – Printed in Brazil/1997

CA ESMAPE - BIBLIOTEC  
Tomb. FA 19970152  
Local P-01  
Ch. 00000004 E

## CORPO DOCENTE

### 1º Período

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

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

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

### 2º Período

**Direito do Consumidor:** *Titular:* Demócrito R. Reinaldo Filho

**Direito Tributário I:** *Titular:* Hélio Sílvio Ourem Campos

**Direito Processual Penal II:** *Titular:* Honório G. do Rêgo Filho  
*Adjunto:* Carlos Alberto Berriel Pessanha

**Direito Econ. e Financeiro:** *Titular:* Joaquim Lustosa Filho

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

**Direito Comercial I:** *Titular:* Luiz de Freitas Lima

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

**Direito Comercial II:** *Titular:* Octávio de Oliveira Lôbo

**Organização e Adm. Jurídica:** *Titular:* Ricardo de Oliveira P. Barreto  
*Adjunto:* José Alexandre de Vasconcelos

**Direito Penal II:** *Titular:* Romualdo Marques Costa  
*Adjunto:* Tarcísio de Araújo B. Campello

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

### 3º Período (Magistratura Trabalhista)

**Direito Individual do Trabalho I:** *Titular:* Eneida Melo C. de Araújo  
*Adjunto:* Virgínia Malta Canavarro

**Prática Judiciária Trabalhista:** *Titular:* Frederico Correia Maranhão  
*Adjunto:* Acácio Júlio Caldeira

**Direito Constitucional do Trabalho:** *Titular:* Hugo Cavalcanti M.Filho  
*Adjunto:* Alba Pires Barboza

**Direito Internacional do Trabalho:** *Titular:* José Soares Filho  
*Adjunto:* Agenor Martins Pereira

**Direito Penal e Proc. do Trabalho:** *Titular:* Marupiraja Ramos Ribas  
*Adjunto:* Stella Maria M. Gomes de Sá

**Direito Previdenciário:** *Titular:* Mauri Delgado Chacon  
*Adjunto:* Epaminondas da Câmara C. Neto

**Direito Coletivo do Trabalho:** *Titular:* Roberta Correa de Araújo  
*Adjunto:* Marcelo da Veiga P. Bacallá

**Direito Processual do Trabalho:** *Titular:* Milton Gouveia da Silva Filho  
*Adjunto:* Edmilson Alves da Silva

**Direito Individual do Trabalho II:** *Titular:* Paulo Dias Alcântara  
*Adjunto:* Bartolomeu Alves Bezerra

### 3º Período (Magistratura Comum)

<b>Direito Proc. Penal III:</b>	<i>Titular:</i> Albérico Gomes Guerra <i>Adjunto:</i> Paulo Roberto Alves da Silva
<b>Direito Civil III:</b> (de Sucessões)	<i>Titular:</i> Leopoldo de Arruda Raposo <i>Adjunto:</i> Eudes dos Prazeres França
<b>Direito Penal III:</b>	<i>Titular:</i> Antônio Pedro Barreto Campello <i>Adjunto:</i> Maria Helena de V. C. Barreto
<b>Direito Eleitoral:</b>	<i>Titular:</i> Carlos Frederico G.de Moraes <i>Adjunto:</i> Luiz Mário de Goes Moutinho
<b>Medicina Legal:</b>	<i>Titular:</i> Clóvis Mendoza <i>Adjunto:</i> Gilberto Valter de M.Moura
<b>Prática Judiciária Cível:</b>	<i>Titular:</i> Fábio Eugênio D.de Oliveira <i>Adjunto:</i> Paulo Henrique Martins Machado
<b>Direito Processual Civil III:</b>	<i>Titular:</i> Frederico Ricardo de A.Neves <i>Adjunto:</i> Agenor Ferreira de Lima Jr.
<b>Direito Tributário II:</b>	<i>Titular:</i> José Viana Ulisses Filho <i>Adjunto:</i> Vladimir Alves da Silva
<b>Direito de Família :</b>	<i>Titular:</i> Alberto Flávio Barros Patriota <i>Adjunto:</i> Saulo Fabianne de Melo Ferreira
<b>Medicina Legal: (2ª Parte)</b>	<i>Titular:</i> Gilberto Valter de M. Moura <i>Adjunto:</i> Clóvis Mendoza
<b>Direito da Infância e Juventude:</b>	<i>Titular:</i> Luiz Carlos de B. Figuerêdo <i>Adjunto:</i> Alice Costa Rodrigues dos Santos
<b>Prática Judiciária Penal:</b>	<i>Titular:</i> Mauro Alencar de Barros <i>Adjunto:</i> Adriana Gonçalves Fontes

## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

### TEORIA

### TRABALHO EDUCATIVO PARA A REFORMA PROPOSTA

### ANTECIPAÇÃO DA TITELA

### Análise de texto

### INTERPRETAÇÃO E INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA

### O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL

### DO PODER JUDICIÁRIO ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA

### O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE UM JUIZ ÚNICO

### DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

### ESTADO DE DEFESA E O DEBATE PÚBLICO: A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO JUIZ

### LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUPORTE PARA UMA

### INTERPRETAÇÃO PLURALISTA

### CONCEITO DE PODER JUDICIÁRIO

### ANÁLISE DE TEXTO E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO

### A PROPOSTA DE REFORMA

*“Não vos conformeis com este mundo, mas transformai-vos pela renovação do vosso entendimento (...)”*

*(Rom., 12:2).*

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

*Napoleão Tavares* ..... 11

## TEORIA ..... 13

### TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA

*Alba Maria Pires Barbosa* ..... 15

### ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

*Araken de Assis* ..... 28

### MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA:

#### O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL

*Caetano Lagrasta Neto* ..... 55

#### DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA

*Carlos Mário da Silva Velloso* ..... 69

#### O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

*Celso Antonio P. Fiorillo/Marcelo A. Rodrigues/Rosa Maria A. Nery* ..... 101

#### LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA

*Cristiane Gouveia de Barros* ..... 126

#### AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO

*Demócrito Ramos Reinaldo Filho* ..... 156

#### A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA

*Francisco Dário Mendes da Rocha* ..... 167

#### DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Fabiano André de Souza Mendonça* ..... 181

#### A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

#### DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Fábio Eugênio D. Oliveira Lima* ..... 204

#### REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO

*Geraldo Prado* ..... 222

#### PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO

*José de Moura Rocha* ..... 229

O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158	
<i>José Soares Filho</i> .....	259
A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	
<i>Leonardo José Carneiro da Cunha</i> .....	282
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	
<i>Luiz Vicente Cernicchiaro</i> .....	296
ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL	
<i>Marco Maciel</i> .....	312
UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO	
<i>Maria Betânia Silva</i> .....	318
DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA	
<i>Maurício Rands</i> .....	344
EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS	
<i>Nelson Saldanha</i> .....	356
DESEMPREGO E VIOLÊNCIA	
<i>Nildo Nery dos Santos</i> .....	371
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO)	
<i>Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza</i> .....	386
O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE	
<i>Ricardo de Brito A. P. Freitas</i> .....	413
A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO	
<i>Sérgio Paulo Ribeiro da Silva</i> .....	429
FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO	
<i>Solange Souto e Cláudio Souto</i> .....	435
A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO	
<i>Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos</i> .....	449
QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	
<i>Vladimir da Rocha França</i> .....	467
<b>PRÁTICA</b> .....	497
SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS	
<i>Agenor Ferreira de Lima Filho</i> .....	499
SENTENÇA CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ANATOCISMO	
<i>Eduardo Augusto Paurá Peres</i> .....	526
SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR	
<i>Ruy Trezena Patu Júnior</i> .....	544

## APRESENTAÇÃO

Mão invisível nos tem guiado no fazimento desta Revista, em particular, como parcela da Administração da *Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*.

O quarto número é confortável como reafirmação dos aplausos da iniciativa que nasceu com o exato objetivo de espelhar o interior da Escola, refletindo, mais uma vez, o crescente interesse dos escritores, através das suas colaborações, sempre aplaudidas.

A coerência editorial, com absoluta certeza, é a grande responsável por esta já agora considerada necessária, *Revista da ESMAPE*, integrante do panorama científico especializado da nossa região.

Os estreitos limites que nos impomos vedam a publicação, em um volume de porte médio, de todos os trabalhos acumulados. Se por um lado isto nos lisonjeia, por outro nos aflige, dada a impossibilidade de patentear logo, o que é do interesse jurídico comum.

Está evidente, então, a receita para o desenho do mosaico desta parte de nossa atividade: querer fazer, abrir a oportunidade e esperar que, pela via posta à disposição, caminhem os interessados, que são muitos e, sem exceção, bons, dificultando-nos, destarte, a escolha dos trabalhos, feita, também, pelo critério da atualidade dos temas desenvolvidos.

Pelo visto, a mão invisível tem sido ajudada, eficazmente. Como não desprezamos sua colaboração, é certo dizer que ela fica só pairando, mantendo acesa a nossa deliberação de fazer o melhor com o esforço coletivo que, por certo, continuaremos a administrar.

O quinto número está quase pronto. Confiamos, porém, no sexto e na infundável seqüência, porque acreditamos nos outros, o que não deixa de ser, também, um elo na corrente do sucesso conquistado pela quarta vez consecutiva.

Recife, julho. 1997.

*Des. Napoleão Tavares*

Diretor

**Teoria**

## TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA

*Alba Maria Pires Barbosa*

Juíza do Trabalho (aposentada); Mestra em Direito pela UFPE; Coordenadora do Curso de Preparação à Magistratura do Trabalho; Professora de Direito Constitucional do Trabalho

A matéria, objeto deste estudo, não é tão simples como pode parecer à primeira vista. Ela envolve um grande número de adolescentes inseridos em programas assistenciais. Envolve também um grande número de empresas que aderem a esses programas e às cláusulas de seus convênios, uma delas a que expressamente declara inexistência de vínculo empregatício entre os adolescentes e as entidades participantes. Envolve, afinal, vários projetos de entidades assistenciais que buscam uma forma de resgatar a cidadania de um sem número de menores carentes ou mesmo em situação de risco.

Entre as várias opções de que se socorrem essas entidades está aquela que diz respeito ao TRABALHO EDUCATIVO.

Inicialmente, cumpre observar que esse tipo de trabalho vem inserido no art. 68, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990).

Por esse artigo “o programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente, que dele participe, condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada” (grifos nossos).

Esse artigo, contudo, até a presente data, não foi regulamentado, o que tem gerado dúvidas e interpretações divergentes com relação à extensão do denominado TRABALHO EDUCATIVO e seus requisitos caracterizadores.

Mas de uma coisa pode-se ter certeza: o TRABALHO EDUCATIVO tem escopo distinto daquele prestado com objetivo de produção e lucro. Por isso mesmo, o MENOR-EDUCANDO, como pode ser denominado todo aquele que participa de um programa de trabalho educativo, não pode, de forma alguma, ser confundido nem com o MENOR-ASSISTIDO, de que trata o Decreto-Lei 2318/86, nem com o MENOR-ESTAGIÁRIO (Lei nº 6494/77), nem com o MENOR-APRENDIZ (arts. 80, 424/433, da CLT; Decreto nº 31.546, de 6 de outubro de 1952) ou o MENOR simplesmente EMPREGADO, nos termos do art. 3º, da CLT.

Possuem vinculação empregatícia com a empresa o MENOR-EMPREGADO e o MENOR-APRENDIZ. A Orientação Normativa nº 2, de 11.08.94, em seus subitens 5.1 e 13.21.1, da Secretaria da Previdência Social, adotou o entendimento de que também o MENOR-ASSISTIDO é empregado, daí porque, a partir da competência novembro/91, ele passou a integrar o elenco dos segurados obrigatórios da Previdência Social.

Malgrado as restrições que possam ser feitas à interpretação dada por essa "Orientação Normativa" às Leis 8212 e 8213/94; malgrado entendimentos doutrinários já estejam surgindo que claramente demonstram a inexistência de qualquer respaldo jurídico para aquela interpretação, o fato é que, até o momento, a Orientação Normativa nº 2 continua sendo aplicada pela Fiscalização da Previdência...

Assim, tanto o MENOR-EMPREGADO quanto o MENOR-APRENDIZ e, agora, a partir da competência novembro/91, também o MENOR-ASSISTIDO mantêm

relação de emprego com a empresa que os contratou e, portanto, sobre eles incidem as normas da legislação trabalhista e previdenciária.

O mesmo não acontece, entretanto, com o MENOR-ESTAGIÁRIO, AMPARADO COMO ESTÁ PELA LEI 6494/77. E não se diga que o estágio profissional dispensa a pessoalidade, a continuidade, a obediência às determinações da empresa concedente do estágio ou mesmo o pagamento de uma determinada importância a título de bolsa... Apesar disso, "o estágio NÃO CRIA VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE QUALQUER NATUREZA".

E não cria porque, no caso do ESTÁGIO PROFISSIONAL, o trabalho é predominantemente destinado à própria pessoa do trabalhador que, repetindo palavras de WLADIMIR NOVAES MARTINEZ<sup>1</sup>, através dele, "aprende, adentra-se, em formação profissional".

Mas tanto o ESTÁGIO DE ESTUDANTES, quanto o TRABALHO EDUCATIVO de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente estão inseridos em um PROGRAMA EDUCACIONAL.

Só que a hipótese prevista na Lei 6494/77 atinge um público muito pequeno, constituído de estudantes universitários e alunos do 2º grau, não podendo, portanto, ser considerado um programa social, embora educativo.

A utilização, assim, do estágio profissional por uma entidade assistencial é limitada. O mesmo pode ser dito com relação à aprendizagem, que evidentemente não atenderá a toda a população adolescente, em sua maioria, sem preparo suficiente para ingressar num curso do nível SENAI/SENAC, além do que, tanto o SENAI quanto o SENAC não têm capacidade de atender um grande número de aprendizes.

1 Comentários à Lei Básica da Previdência Social, tomo I, Editora Ltr., São Paulo, 2º ed. p. 68;

O que fazer, então?

Essa preocupação conduziu à regulamentação, nos idos de 1986, do art. 4º, do Decreto-Lei nº 2318/86, através do Decreto nº 94.338/87 que criou o chamado "Programa do Bom Menino" e instituiu a figura do MENOR ASSISTIDO.

Esse programa, apesar de duramente criticado e tido mesmo por inconstitucional após a Constituição de 1988, teve um objetivo bem definido: solucionar a difícil tarefa de inserir no mercado de trabalho menores com escolaridade deficiente, sem qualquer qualificação profissional e problemas vários de inadaptação à sociedade.

Sim, porque já foi dito acima, o ESTÁGIO DE ESTUDANTES, todo ele direcionado à complementação do ensino e da aprendizagem, só é mesmo válido se feito na linha de formação do estudante enquanto que a APRENDIZAGEM exige que o menor tenha as condições mínimas essenciais à sua preparação profissional.

O PROGRAMA DO BOM MENINO, ao contrário, visava a propiciar a iniciação ao trabalho de adolescentes que se encontrassem em uma das seguintes situações:

- a) desprovidos de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão da falta de ação ou omissão dos pais ou responsável e da manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-las;
- b) vítimas de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsáveis;
- c) em perigo moral por se encontrarem em ambiente contrário aos bons costumes, ou mesmo já na prática de atividades contrárias aos bons costumes;
- d) privados de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsáveis;

- e) com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- f) envolvidos na prática de ato que constitua infração penal.

Todavia, apesar de seus objetivos sociais, o PROGRAMA DO BOM MENINO apresentou falhas e lacunas que conduziram, na prática, à sua não-operacionalidade, à sua inexecutabilidade!

Embora exigida a frequência escolar, o trabalho desenvolvido pelos menores não tinha caráter educativo o que fazia com que, dentro da empresa, desenvolvessem serviços idênticos aos dos demais empregados mesmo quando já ultrapassada a fase inicial de adaptação e socialização.

O encaminhamento desses menores, por outro lado, não tinha necessariamente que ser feito por uma entidade assistencial, podendo a própria empresa, nos termos do inciso II, do art. 7º, do Decreto 94.338/87, encarregar-se disso.

Ainda: inexistia qualquer sanção ou apenação se a empresa não cumprisse sua obrigação básica de admitir menores assistidos (art. 4º, caput, do Decreto-Lei 2318/86) ou mesmo não respeitasse os direitos do menor, dispostos no art. 8º do Decreto 94.338/87, acima já mencionados.

E não foram poucos os abusos cometidos... Frequentemente várias exigências regulamentares não vinham sendo observadas, como, por exemplo, a duração de quatro horas de trabalho, a execução deste dentro da empresa, isso para não falar em casos de verdadeiro acinte em que era exigido dos menores que trabalhassem aos domingos e feriados.

Daí as inúmeras críticas sofridas pelo Programa que não fixava sequer um prazo de duração para a iniciação ao trabalho do menor assistido. Este, ademais, ficava sem qualquer amparo de ordem previdenciária e, portanto, sem

qualquer assistência caso viesse a ser acometido de alguma doença ou viesse a sofrer acidente do trabalho...

Os tribunais trabalhistas começaram a se manifestar sobre o assunto:

*“Menor assistido – Não-configuração da situação como empregado: Inobstante a natureza caritativa e assistencial de colocação do menor, na empresa, a continuidade dos trabalhos desenvolvidos por aquele, passando a agir como autêntico empregado, faz nascer o vínculo empregatício. Recurso a que se dá provimento parcial para, reconhecendo o caráter assistencial do vínculo, nos três primeiros meses, declarar, quanto ao período subsequente, a existência de relação de emprego” (TRT-15(Reg. 11T.-RO-12.073/90; Rel. Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier, DJSP 4.11.91,p. 124). Grifos nossos.*

*“Vínculo empregatício – Programa do Bom Menino- Configuração : Não observando as partes contratantes os requisitos legais para contratação de menores com base no Decreto nº 94.338/87 – Programa do Bom Menino – imperioso é reconhecer-se o vínculo empregatício entre tomador de serviço e o menor, sob pena de admitir métodos que venham a impedir, desvirtuar ou fraudar a aplicação das normas protetoras insculpidas na CLT” (Juiz Emerson José Alves Lages – TRT- 3(Reg. RO-17560/01-AC.3(T.- Rel. Juiz Orestes Campos Gonçalves. DJMG 10.10.92- p.65). Grifos nossos.*

*“Menor – Configuração – Deve o magistrado buscar a verdade em todos os elementos probatórios trazidos aos autos, detectando os diversos indícios que levam à configuração dos elementos caracterizadores da natureza do contrato de trabalho que,*

*muitas vezes, se encontram mascarados. Tem, assim, direito aos benefícios da legislação obreira o menor que presta serviços de natureza não eventual, mediante subordinação e recebimento de salário, embora procure o verdadeiro empregador descaracterizar o contrato de trabalho face a existência de convênio firmado com entidade assistencial. Em tais condições, nega-se provimento ao apelo do recorrente” (TRT-PR-RO-3647/91-AC-2 (T 5388/92- Rel. Juiz João Antônio Gonçalves de Moura. DJPR, 17.07.92 – p. 54).*

Essas decisões começaram a minar o Programa do Bom Menino, fazendo com que as entidades assistenciais abandonassem-no.

Para evitar todas essas distorções, criou o Estatuto da Criança e do Adolescente o chamado TRABALHO EDUCATIVO, cuja filosofia identifica-se com o ESTÁGIO DE ESTUDANTES, só que com abrangência bem maior, pois destinado a capacitar para o trabalho toda aquela gama de adolescentes carentes que, em virtude da baixa escolaridade e de dificuldades pessoais de relacionamento, não conseguem se inserir de imediato no mercado de trabalho quer como empregados, quer como aprendizes, quer como estagiários.

Isso porque esses adolescentes, principalmente aqueles que vivem nas ruas, além das dificuldades materiais, têm dificuldades em acatar ordens e respeitar hierarquia. Sem falar que a defasagem de conhecimentos de que são possuidores dificulta ou mesmo impede o desenvolvimento normal do seu processo de aprendizagem.

Essa a grande razão por que as empresas relutam em admiti-los e quando o fazem para colaborar com um programa sócio-educativo, fazem-no apenas se não tiverem que arcar com maiores custos e responsabilidades trabalhistas.

Não se pode negar que as leis do mercado exigem **COMPETÊNCIA, ESPÍRITO DE EQUIPE e BOM RELACIONAMENTO**. Nesse terreno não adianta falar em altruísmo ou mesmo em amor ao próximo... Muitos convênios foram desfeitos, muitos menores foram desligados e devolvidos às várias entidades assistenciais a partir do momento em que a fiscalização da Previdência passou a autuar as empresas com base na Orientação Normativa nº 2, de 11.8.94, a despeito da existência daqueles convênios e da observação que neles constava de inexistência de vinculação empregatícia.

No caso, como é óbvio, tratava-se de convênios firmados sob a égide do Programa do Bom Menino. Mas mesmo naqueles, feitos com base no art. 68, da Lei 8069/90, não basta constar aquela observação. É preciso que eles sigam, rigorosamente, as exigências de um **TRABALHO EDUCATIVO**.

Sim, porque se o sentido finalístico da Lei 8069 supracitada torna perfeitamente possível o trabalho realizado por adolescentes sem vinculação empregatícia, para isso é preciso a presença nos convênios, que os adotam, dos seus requisitos caracterizadores, sendo o principal deles o seu cunho **EDUCATIVO**.

Importante assinalar que, no **TRABALHO EDUCATIVO**, o menor trabalha, mas **TRABALHA PARA APRENDER...** A qualificação de **EDUCATIVO** significa que há um projeto educacional, e mais, significa que dentro dele as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo, desempenhando a empresa o papel de uma “escola-produção”, consoante palavras de **ORIS DE OLIVEIRA**<sup>2</sup>.

O **TRABALHO EDUCATIVO**, portanto, não é um trabalho qualquer. Na verdade, disse com muita acuidade

2 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Malheiros Editores, 1992, p. 201

**ANTÔNIO CARLOS GOMES DA COSTA**,<sup>3</sup> “trata-se de um tipo específico de relação laboral que, sem excluir a possibilidade de produção de bens ou serviços, subordina essa dimensão ao imperativo do caráter formativo da atividade, reconhecendo como sua finalidade principal o desenvolvimento pessoal e social do educando”.

Mas para isso é necessário que o trabalho educativo esteja:

- a) inserido num programa social;
- b) sob responsabilidade de uma entidade, governamental ou não, sem fins lucrativos;
- c) que essa entidade esteja devidamente registrada no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- d) que ela tenha por objetivo capacitar o adolescente para o exercício de atividade regular remunerada.

É fundamental a presença desses requisitos para que um trabalho possa ser tido como **EDUCATIVO**, do último deles principalmente, pois apenas, quando devidamente capacitado, o que poderá ser averiguado através de relatórios periódicos, é que o menor passará à condição de empregado, se isso for do seu interesse e do interesse da conveniente participante.

Enquanto o menor se encontrar em período de adestramento, entretanto, para que ele não fique ao desamparo da Previdência Social, uma solução seria equipará-lo aos estudantes em geral, fazendo constar dos convênios, dentre as atribuições da entidade participante, aquela de inscrevê-lo como segurado facultativo nos termos do art. 8º, parágrafo único, do decreto nº 611/92.

Em hipótese alguma, o adolescente, seja ele empregado, aprendiz, estagiário, assistido ou educando, poderá exercer

3 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Malheiros Editores, 1992, p. 203

as suas atividades no horário noturno (das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte), em locais perigosos, insalubres, penosos, prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico-psíquico, moral e social, ou mesmo em horários e locais que não permitam a sua frequência à escola (art. 67, lei nº 8069/90).

Apesar de ainda não existir uma regulamentação, em nível federal, do art. 68 da Lei 8069/90, isso não deve conduzir a uma estagnação ou à não-utilização de programas que se destinem ao trabalho educativo.

A urgência de soluções para os inúmeros problemas sociais que afligem este País, exige a mobilização de todos!

A experiência brasileira em programas similares, como o do Bom Menino, extraídos seus pontos negativos acima já assinalados, pode servir de parâmetro, enquanto que os princípios dispostos na Constituição Federal vigente (arts. 203, II e III, 227) servirão de bússola ao lado de outros dispositivos inseridos dentro do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 67 e 69).

De qualquer forma os convênios assistenciais não podem deixar de observar alguns critérios e adotar certos procedimentos, tudo objetivando uma maior segurança na relação entre as partes envolvidas (adolescentes, empresas e entidades sócio-educativas):

- a) o horário estabelecido não poderá, de forma alguma, prejudicar o comparecimento do menor à escola;
- b) a jornada máxima deve ser, preferencialmente, a de quatro horas diárias, principalmente se o trabalho educativo for desenvolvido em empresas ou entidades públicas;
- c) a duração do trabalho educativo dependerá do grau de aptidão revelado pelo menor no decorrer do

programa, daí a necessidade de avaliações periódicas;

- d) a remuneração do adolescente integrante de um projeto social será feita através de uma bolsa-auxílio cujo valor nunca será inferior a meio salário mínimo, conforme preceitua o inciso II do art. 8º, do Decreto nº 94.338/87;
- e) poderão participar de projetos de trabalho educativo adolescentes menores de 14 anos e até completarem 18 anos. Dos 12 aos 14 anos, o trabalho desenvolvido pelos adolescentes equiparar-se-á à pré-aprendizagem de que trata o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição atual;
- f) o menor educando poderá ser inserido na Previdência Social, como segurado facultativo, com as contribuições a cargo da entidade participante, o que evitaria uma das grandes críticas feitas ao Programa do Bom Menino, aquela de deixar ao desamparo uma parcela significativa de menores adolescentes engajados naquele Programa;
- g) a cada período de 12 meses, o menor educando terá direito a se ausentar, por 30 dias, das atividades educativas, durante a época de suas férias escolares, ou, a pedido do educando, por ocasião de seus exames finais, isso sem prejuízo da percepção da bolsa que mensalmente lhe é paga;
- h) se for exigido fardamento pela entidade participante, a esta caberá o seu fornecimento;
- i) a entidade participante também arcará com os custos do deslocamento do menor de sua residência para o local de trabalho e vice-versa;
- j) deverá ficar prevista a possibilidade de substituição do menor na empresa a qualquer tempo que isso se revele necessário ou seja solicitado pelo próprio menor ou pela entidade participante;

- k) deverá ser anotada na CTPS de cada menor encaminhado a sua condição de participante de programa sócio-educativo;
- l) a entidade assistencial supervisionará e fiscalizará o trabalho educativo de modo a avaliar o desempenho do menor-educando no decorrer do programa e evitar a sua descaracterização;
- m) deverá ser prevista a possibilidade de rescisão do convênio a qualquer tempo por qualquer das partes convenientes desde que uma comunique à outra com antecedência de sessenta dias, sem qualquer direito a indenizações;
- n) o encaminhamento do menor-educando à empresa deverá ser feito através de um termo, devidamente assinado pelo menor, seu responsável legal, a entidade assistencial e a empresa participante do programa;
- o) nesse termo deverão constar todos os direitos e deveres das partes envolvidas no convênio inclusive as hipóteses de extinção da bolsa-auxílio que poderão ser as mesmas previstas para extinção da bolsa de iniciação ao trabalho do menor assistido (art. 9º, do decreto nº 94.338/87);
- p) deverá também ser prevista a possibilidade de rescisão do convênio por descumprimento, pela empresa participante, das obrigações que lhe são afetas, hipótese em que poderá ser acordado, entre as partes convenientes, o pagamento de uma multa que reverterá para o menor-educando;
- q) o menor-educando jamais deverá ser confundido com o menor-assistido de que trata o Programa do Bom Menino.

Feitas todas essas observações, fica clara a possibilidade de utilização, pelas entidades filantrópicas, em seus pro-

jetos assistenciais, do chamado TRABALHO EDUCATIVO, previsto no art. 68, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com as cautelas necessárias, entretanto, diante da inexistência de regulamentação da lei 8069/90.

A adoção do TRABALHO EDUCATIVO, sem dúvida, possibilitará que um número maior de adolescentes venha a ser engajado, com sucesso, no mercado de trabalho.

Mas para que o TRABALHO EDUCATIVO não se transforme em TRABALHO COM VINCULAÇÃO EMPREGATÍCIA é preciso que nele, de fato, “as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevaleçam sobre o aspecto produtivo” (art. 68, parágrafo 1º, da Lei 8069/90).

Imprescindível por tudo isso a regulamentação dessa lei; até lá, entretanto, que a utilização do TRABALHO EDUCATIVO faça-se de forma adequada e com as devidas cautelas pelas entidades assistenciais, como foi frisado acima, mesmo porque ele é uma nova opção, uma nova proposta dentro de projetos tão necessários à erradicação das disparidades sociais deste País!

# ANTECIPAÇÃO DA TUTELA\*

Araken de Assis

Desembargador do TJRS e Professor do  
Curso de Mestrado em Direito da PUC/RS

## SUMÁRIO

Introdução. 1- Natureza. 2- Objeto da antecipação. 3- Requisitos da antecipação. 3.1- Iniciativa da parte interessada. 3.2- Existência de prova inequívoca. 3.3- Verossimilhança da alegação. 3.4- Fundado receio de dano irreparável ou, alternativamente, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. 3.5- Perigo de irreversibilidade. 3.6- Proibição da antecipação. 4- Procedimento. 4.1- Prazo. 4.2- Forma. 4.3- Momento da concessão e contraditório. 4.4- Audiência de justificação. 4.5- Natureza do ato e sua motivação. 5- Efeitos. 6- Impugnação.

## Introdução

Segundo dispõe o art. 273 do Cód. de Proc. Civil, o juiz *poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*. E, em termos substancialmente análogos, formulando o autor pedido condenatório, com o fito de impor ao réu prestação de fazer ou de não fazer, ao órgão judiciário, além de conceder a *tutela específica*, na sentença (art. 461, *caput*), mostrar-se-á lícito prover liminarmente a respeito (art. 461, § 3º), antecipando, igualmente, semelhante tutela.

Tais dispositivos aplicam-se ao rito comum, ou seja, aos procedimentos ordinários e sumário<sup>1</sup>, e sua localiza-

\* Texto de palestra proferida em Olinda, PE, em 12.3.97, no XI Curso Brasilcon de Direito do Consumidor.

1 Por exemplo, Calmon de Passos, *Inovações*, p. 8; Nelson Nery Jr., *Atualidades*, p. 56. É observação corrente, ademais, dentre os que examinaram o novel procedimento sumário: Sérgio Bermudes, *A reforma*, p. 51; Ernane Fidélis dos Santos, *Novos perfis*, p. 234; Athos Gusmão Carneiro, *Do rito sumário*, nº 40.1, pp. 54-55; Carneira Alvim, *Procedimento sumário*, p. 181.

ção no Livro que trata do processo de conhecimento, acentua MONIZ DE ARAGÃO, revela *a tomada de posição do legislador de não querer atribuir natureza cautelar à antecipação da tutela*.<sup>2</sup>

Antes de examinar a augusta questão da natureza do novel instituto, mister se afigura proclamar que, dentre as inovações introduzidas no Cód. de Proc. Civil, a antecipação da tutela representa a única, realmente, a merecer a designação de *revolucionária*.

Com efeito, a índole própria do processo é essencialmente conservadora. Ele se destina à reprodução, e subsequente solução da lide já ocorrida. Até que tal reprodução fidedigna ocorra – o art. 469, I, modestamente, admite que a verdade dos fatos não se mostrará indiscutível, em virtude das eventuais e prováveis deficiências do mecanismo – e o órgão judiciário formule a regra concreta aplicável à causa, preservar-se-á o *status quo*.

Daí o profundo caráter progressista do instituto sob foco: o provimento antecipatório permitirá uma inovação imediata, redistribuindo entre as partes o ônus temporal do processo, no regime anterior suportado, exclusivamente, pelo autor. É por tal motivo que, a despeito de respeitáveis opiniões em contrário, a circunstância de a antecipação da tutela beneficiar somente o autor, nada ostenta de inconstitucional<sup>3</sup>. Ao contrário, o instituto procura debelar uma situação de desigualdade, promovendo uma melhor distribuição do ônus temporal do processo entre as partes.

2 Moniz de Aragão, *Alterações no código de processo civil: tutela antecipada e pericia*, nº 6, p. 198.

3 Em sentido contrário, porém, Moniz de Aragão, *ob. cit.*, nº 5, p. 198. De acordo com Teori Albino Zavascki, *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, nº 5, pp. 60-62, a tutela provisória, que se contrapõe à definitiva, e é formada tanto da tutela cautelar quanto da antecipatória, atribuiu ao juiz o *poder de formular regras de solução para fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal*, de ordinário entre o direito do réu à cognição exauriente e à ampla defesa e o do autor de obter uma prestação jurisdicional efetiva na prática.

Talvez, por semelhante motivo, o legislador, aparentemente tão audacioso, tratou de opor contrapesos àquele poder excepcional conferido ao órgão judiciário. Isto revelará no exame da disciplina legal, que se procura empreender.

## 1. Natureza

Objeto de intransigente dissídio foi, antes do advento do art. 273, os lindes exatos da tutela cautelar e, em especial, do chamado “poder geral” conferido ao juiz no art. 798.

Conforme observou, com razão, Teori Albino Zavascki,<sup>4</sup> a antiga e controversa distinção entre tutela cautelar e tutela satisfativa tornou-se, após o advento do art. 273, mais atual do que nunca, apesar de uma mudança significativa de enfoque. Anteriormente, o debate questionava a possibilidade de o juiz, baseado no art. 798, ou seja, no poder cautelar geral, conceder liminares satisfativas; agora, ao invés, buscar-se-á um critério seguro para submeter alguma medida, concretamente pleiteada, ao regime do art. 273 em lugar daquele previsto no art. 798.

Como quer que seja, jamais existiu a menor dúvida de que, no Livro III, dedicado ao processo cautelar, o legislador baralhou matéria heterogênea, evidenciada nas diferenças bradantes e inobscurecíveis entre o arresto (art. 813) e as “medidas provisionais” (v. g., o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal) do art. 888. Por óbvio, o poder geral de antecipação, agora consagrado no art. 273, em nada, absolutamente nada, interfere com o regime próprio das medidas provisionais específicas, a exemplo dos alimentos provisionais (art. 852).

4 Teori Albino Zavascki, ob. cit., n° 2, p.56.

O dissenso doutrinário recaiu, e doravante recairá, quanto ao critério para separar o joio do trigo,<sup>5</sup> distinguindo o que é cautelar, no Livro III, do que se projetava além dos domínios da cautelaridade, satisfazendo o direito material da parte.

Antes de externar qualquer ponto de vista a respeito da *vexata questio*, é indispensável fixar a autonomia da pretensão à segurança.

É certo, absolutamente certo, que a pretensão à segurança, que informa a autêntica e verdadeira tutela cautelar é *autônoma*. Isto significa que há processo (art. 270), iniciado por demanda da parte (art. 262), através de petição inicial (v.g., o arrolamento de bens, a teor do art. 857, *caput*: *Na petição inicial...*), e culminado com sentença, indispensável para extinguir a relação processual (art. 162, § 1°)<sup>6</sup>.

Não importa, no âmbito dessa estrutura, que o efeito próprio da providência cautelar, concedida liminarmente ou na própria sentença, resolver-se-á, do pondo de vista prático, no chamado processo “principal”: cuidar-se-á de fenômeno afeto à ilimitada mudança dos efeitos da sentença (*infra*, n° 2). Por tal razão, o art. 796 assegura a *dependência* do processo cautelar, relativamente ao principal, e determina a apensação dos autores (art. 809). A regra comporta exceções no caso das chamadas cautelares autônomas (v.g., a caução do art. 555 do Cód. Civil), que nenhum vínculo estabelecem com processo futuro, porque remoto o risco de mal irreparável.<sup>7</sup>

5 Ilustrativas são as exposições de José Maria Rosa Tesheiner, *Medidas cautelares*, pp. 49-50; Calmon de Passos, *Comentários*, n° 58, pp. 58-60; Theodoro Jr., *Processo cautelar*, n° 29, pp. 46-47; Wilard de Castro Villar, *Medidas cautelares*, pp. 49-65; José Ribeiro Leitão, *Direito processual civil*, pp. 2-7; Sydney Sanches, *Poder geral de cautela*, pp. 102/107; Moniz de Aragão, *Medidas cautelares* inominadas, n° 3, pp. 493-495; Marcelo Lima Guerra, *Estudos sobre o processo cautelar*, pp. 11-32.

6 José Carlos Vieira, *Autonomia da sentença cautelar*, pp. 229/232.

7 É exata, mesmo neste caso, a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*, n° 7, p. 16:... a função cautelar se exaure na asseguarção do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provisoriamente as questões pertinentes ao mérito deste... Sobre assunto, v. Alvaro J. D. Perez Ragoné, *Introducción al estudio de la tutela anticipatoria*, n° 3, pp. 138-140.

Em síntese larga, há processos cautelares autônomos, bem como há os que protegem a realização futura de algum direito material. Indiferente à realidade, em juízo preso a certo dogmatismo doutrinário, a 3ª Turma do STJ assentou que não têm as medidas cautelares a função de proteger o direito da parte mas, tão-só, de garantir a eficácia e a utilidade do processo principal.<sup>8</sup>

Seja como for, no alvitre mais autorizado, a tutela cautelar autônoma, modalidade de tutela preventiva (art. 5º, XXXV, da CF/88), admissível antes mesmo da violação do direito, é provisória em duplo sentido: ela durará enquanto persistir a situação de perigo, que a desencadeia, e seu resultado jamais se tornará indiscutível (eficácia de coisa julgada: art. 467),<sup>9</sup> ao menos quanto à existência do direito litigioso, porque jungida à proteção de direitos aparentes.<sup>10</sup>

Essa concepção implica uma conseqüência decisiva: a impossibilidade de o juiz, através da cautela, outorgar o bem da vida do autor. Em tal hipótese, deixaria de assegurar o direito e, desde logo, realizá-lo-ia, ainda que sob a égide de cognição sumária<sup>11</sup>.

Inteiramente diversa é a perspectiva de Galeno Lacerda.<sup>12</sup> Admite ele a expedição de *antecipações provisórias satisfativas em casos urgentes*. Contudo, elas não traduziriam julgamento definitivo, porque “provisórias”. Posteriormente, restringiu os limites do poder geral, senão da própria tutela cautelar, consoante a natureza do direito acautelado: caberá a satisfação “provisória” de direi-

tos absolutos de família e da personalidade (v. g., guarda de filho), não a de direitos relativos e obrigacionais. A “provisoriamente” consistiria, nesta linha de raciocínio, na limitação temporal da medida, destinada a resolver-se no futuro pronunciamento emitido no chamado processo “principal”.

Em realidade, já Calamandrei inseria, impropriamente, medidas *che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento definitivo* (que antecipam provisoriamente os efeitos da sentença definitiva) no círculo cautelar.<sup>13</sup>

No entanto, não há como fugir da bradante diferença de função, nesta última espécie de provimento judicial, em confronto com o cautelar, que é autônomo, e visa apenas a garantir a sobrevivência do direito litigioso até sua futura declaração de existência ou sua execução, bem como da flagrante impossibilidade de “satisfação provisória”.

É certo que, entregue ao autor o bem da vida, a exemplo do que ocorre na ação possessória (art. 928), dele poderá ser subtraído posteriormente pela sentença de mérito. Ora, a dimensão temporal, que transformaria em “provisória” a medida, é inerente aos direitos, litigiosos ou não, que nascem, desenvolvem-se e extinguem-se em dado interstício de tempo. Impende verificar, ao invés, se o ato do juiz entregou o bem a um dos litigantes ou apenas preveniu a entrega, colocando-o a salvo de ambas, a exemplo do que ocorre no arresto e no seqüestro: no primeiro caso, há satisfação do direito material, ainda que reversível; no segundo, há simples cautela.

À primeira categoria, ou seja, à classe dos provimentos judiciais, que vão além da singela garantia<sup>14</sup>, pertencem

8 3ª Turma do STJ, Pet nº 324-0-SP, 25.8.92, Rel. Min. Waldemar Zveiter, RJSTJ, 5 (43) / 213.

9 Mas haverá coisa julgada quanto à própria pretensão à segurança: Araken de Assis, *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*, nº 5, pp. 91-96, pp. 252-261. Na doutrina alemã, Fritz Baur, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, § 6º, p. 134.

10 Neste sentido, Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários*, pp. 72-75.

11 Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, nº 3.3, pp. 45/46.

12 Galeno Lacerda, *Comentários*, nº 28, pp. 156-163.

13 Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, nº 8, p. 18.

14 Também o direito alemão conhece providências satisfativas: Peter Arens, *Zivilprozessrecht*, § 89, nº 723, p. 439.

os atos contemplados nos artigos 273 e 461, § 3º<sup>15</sup>. Esta “exasperação”<sup>16</sup> do campo das medidas antecipatórias atende aos reclamos de tutela diferenciada,<sup>17</sup> logrando aproximar o processo do máximo de efetividade, cujo lema localiza-se na célebre frase de Chiovenda: *a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve reverter em dano a quem tem razão*.<sup>18</sup>

Definida a natureza da tutela antecipada, duas observações suplementares impõem-se nesta área.

Em primeiro lugar, o instituto do art. 273 não substitui o poder geral de cautela, insculpido no art. 798. Eles atuam em campos diversos. Não devem os operadores amesquinhar o alcance da tutela antecipada, pleiteando, por exemplo, a sustação de protesto na própria ação em que se pede a declaração de inexistência da cambial.<sup>19</sup> A sustação de protesto é medida cautelar, embora atípica, porque não satisfaz, desde logo, o direito alegado (inexistência da cambial). Sejam típicas, sejam atípicas, as medidas cautelares guardam autonomia e ostentam identidade própria, não se concebendo possam ser pleiteadas, no mesmo processo, como simples efeito da tutela principal. Almejando medida deste tipo, toca ao autor pleiteá-la através de ação autônoma.

Ademais, a novidade não é um *passe de mágica*<sup>20</sup>, nem um perigo terrível<sup>21</sup>. Ela combate o efeito pernicioso do tempo, inerente ao mecanismo processual, tão importante na sociedade de massas. Ministram os parágrafos

do art. 273, além disto, os necessários freios à proliferação de antecipações irrefletidas e temerárias. Em substância, há o sacrifício do interesse improvável em prol de certo valor jurídico prevalente.<sup>22</sup>

## 2. Objeto da antecipação

Segundo se lê no art. 273, o juiz antecipará, *total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*. O dispositivo determina, assim, o objeto da antecipação e traça seus limites.

À luz da disposição transcrita, diversamente do que acontece no âmbito da tutela cautelar,<sup>23</sup> a providência antecipatória adscrever-se-á ao pedido formulado na inicial<sup>24</sup>. Nela vigora o princípio da adstrição do juiz à demanda da parte.

Por exemplo: na inicial da ação o autor pleiteou a condenação da seguradora em certa quantia, inferior ao valor da apólice (art. 275, II, e) e, portanto, é inadmissível o juiz, à guisa de antecipação, deliberar além daquela quantia (*extra petita*). A única margem de discricção, neste ponto, consiste em antecipar parcialmente a quantia pleiteada, porque tal medida basta à erradicação do dano de difícil reparação (art. 273, I)<sup>25</sup>. Em equívoco mais grave incorreria o juiz, neste exemplo, caso determinasse o depósito da quantia (*ultra petita*), ao invés de antecipar o efeito da condenação, que é a constituição do título executivo.<sup>26</sup>

Por outro lado, o exemplo ilustra a natureza dos *efeitos* antecipáveis pelo órgão judiciário.

15 Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma*, nº 103, p. 139; Theodoro Jr., *As inovações*, p. 13; Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, pp. 51-52; Antonio Cláudio da Costa Machado, *A reforma*, p. 19; Calmon de Passos, *Inovações*, p. 9; Reis Fride, *Comentários à reforma*, pp. 166-167.

16 A expressão é Giovanni Arieta, *I provvedimenti d'urgenza*, nº 18, p. 62.

17 Sobre o assunto, essenciais os estudos de Donaldo Armelin, *Tutela jurisdicional diferenciada*, pp. 45-55 e Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, pp. 536-591.

18 Giuseppe Chiovenda, *Instituições*, vol. I, nº 34, p. 234.

19 Neste sentido, porém, Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, p. 55.

20 Expressão de Calmon de Passos, *Inovações*, p. 11.

21 Neste sentido, Antonio Cláudio da Costa Machado, *A reforma*, p. 19.

22 Luiz Guilherme Marinoni, *Novidades sobre a tutela antecipatória*, n. 5, p. 108.

23 V. Araken de Assis, *Cumulação de ações cautelares*, nº 3, pp. 55-59.

24 Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma*, nº 104, p. 140; Calmon de Passos, *Inovações*, p. 8.

25 Segundo Calmon de Passos, *Inovações*, p. 8, deferir em parte só é possível quando houver cumulação de pedidos e o juiz acolhe apenas um deles. Semelhante interpretação briga com o art. 269, I, do Cód. de Proc. Civil.

26 Fritz Baur, *Zivilprozessrecht*, § 7º, nº 101, p. 81; Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, § 93, pp. 461-462.

Deve-se à pena de Liebman a distinção, hoje largamente difundida, entre os efeitos da sentença e a coisa julgada. O pronunciamento do juiz entra no mundo jurídico dotado de *imperatividade*, ou seja, dotado da eficácia natural e coeva ao ato, subsumida ao *comando* declaratório, constitutivo ou condenatório, apesar de impugnável através do recurso adequado. Entrementes, o ato existe e produz efeitos, a exemplo da execução provisória (art. 587, segunda parte). Coisa inteiramente diversa é a imutabilidade desses efeitos, nascida com o esgotamento das vias impugnativas, que traduz *uma qualidade especial, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e faz assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato*<sup>27</sup>.

Contrapõe-se a idéia de Liebman à clássica noção de coisa julgada haurida de Konrad Hellwig,<sup>28</sup> que identifica a autoridade do julgado à indiscutibilidade (*Unbestreitbarkeit*) imposta pela eficácia declaratória, que nasce com o trânsito em julgado. Em outras palavras, a coisa julgada é uma eficácia que, nascendo com o esgotamento das vias recursais, recobrirá a sentença, blindando-a contra controvérsias futuras.

Embora a última tese comprove-se correta<sup>29</sup>, o exame posterior do pensamento de Liebman permitiu distinguir o *conteúdo* da sentença, integrado pelos efeitos em *potência*, essenciais à configuração da identidade do ato, e designados de *eficácia*, e os *efeitos* em concreto, externos àquele conteúdo.<sup>30</sup> Por exemplo, uma coisa é a energia obrigatória da sentença de divórcio (eficácia), outra é o estado de divorciado adquirido, após ela, pelos antigos cônjuges (efeito).

27 Enrico Tullio Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, n° 15, p. 39.

28 Konrad Hellwig, *Wessen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, § 1º, p. 1 e segs; idem, *System*, vol. 1, § 226, pp. 763-766.

29 Sobre o assunto, Araken de Assis, *Eficácia civil da sentença penal*, n°s 16/22, pp. 115-135.

30 V. José Carlos Barbosa Moreira, *Conteúdo e efeitos da sentença*, pp. 93-99.

Ora, o art. 273 alude, justamente, a tais “efeitos” da futura sentença de mérito, projetada pelo pedido formulado na inicial (artigos 128 e 460). Logo, os limites da antecipação da tutela relacionam-se com as eficácias da ação material.

Classificam-se as ações, considerando sua eficácia principal, em cinco classes autônomas: declarativa, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental<sup>31</sup>. É possível, no entanto, o juiz antecipar, indiferentemente, todos os efeitos?

Para chegar-se a uma resposta satisfatória, neste assunto delicado, é mister obter algum consenso quanto à essência dessas eficácias, das quais brotam os efeitos antecipáveis, a saber:<sup>32</sup>

- a) através da eficácia declarativa o autor tem por fito extirpar incerteza, tornando indiscutível, no presente e no futuro, graças à autoridade de coisa julgada, a existência, ou não, de relação jurídica, ou a falsidade e autenticidade de documento (art. 4º);
- b) através da eficácia constitutiva, busca-se – além da declaração de existência ou inexistência, pois toda sentença adquire, transitada em julgado, eficácia declarativa – a criação, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica;
- c) através da eficácia condenatória, o juiz reprovava o réu e ordena que sofra a execução;
- d) através da eficácia mandamental, o autor pleiteia uma ordem, que só o juiz poderá emitir, para alguém, e ninguém mais, agir em sua própria esfera jurídica;

31 Sobre tal assunto e, principalmente, acerca da existência de cinco eficácias autônomas, Araken de Assis, *Cumulação de ações*, § 4º, pp. 78-91.

32 Araken de Assis, *Cumulação de ações*, n 19, pp. 84-91.

e) através da eficácia executiva, o juiz retira o valor, situado no patrimônio do réu, e o repõe no patrimônio do autor.

Feitas as distinções, um só efeito, neste espectro, rejeita quaisquer antecipações: o efeito da sentença declarativa, que é a certeza<sup>33</sup>. Admitir-se-á, em linha de princípio e ignorando as travas do art. 273, a antecipação do efeito constitutivo (o estado de divorciado), da condenação (o título executivo), da execução (o intercâmbio patrimonial forçado) e do mandamento (a ordem). O obstáculo deriva de razão singular: *l'accertamento*, percebeu Liebman,<sup>34</sup> *sensa cosa giudicata sembra privo di importanza e non serve a nulla* (a declaração sem a coisa julgada parece privada de importância e a nada serve). Quer dizer – e dando razão a Hellwig – o efeito da declaração (certeza) nascerá com o trânsito em julgado da sentença.

### 3. Requisitos da antecipação

Estabelece o art. 273 requisitos positivos e negativos à antecipação da tutela. Aqueles compreendem os seguintes pressupostos:

- requerimento da parte;
- a existência de prova inequívoca;
- a verossimilhança da alegação;
- o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

33 Neste sentido, em termos, Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, pp. 55-56, com ressalva à alegação de que certos efeitos da declaração comportam execução. Ora, neste caso a antecipação recai sobre tal "outro"efeito - nenhuma ação é pura - não versando a declaração em si. Não admitindo a antecipação da eficácia executiva, porque resguarda pelo arresto ou pelo seqüestro, Antonio Cláudio da Costa Machado, *A reforma*, p. 20. Este autor confunde tutela cautelar e tutela antecipatória: o cabimento da primeira não exclui o da segunda.

34 Enrico Tullio Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, nº 3, p. 13.

Além disso, é indispensável que não se configure *perigo de irreversibilidade do provimento antecipado* (art. 273, § 2º).

### 3.1- Iniciativa da parte legitimada

O art. 273, *caput*, condiciona à iniciativa da parte a antecipação dos efeitos do pedido. De modo absoluto, exclui a iniciativa do próprio órgão judiciário<sup>35</sup>, situando o pleito na área reservada, pelo princípio dispositivo (art. 262), à parte.

Legitimam-se a pedir a antecipação o autor, que, originariamente, formulou pretensão em juízo e, em seu lugar, os intervenientes que atuam *ad coadjuvandum tantum* – o Ministério Público e o assistente – bem como o réu, na hipótese de ter formulado, de seu turno, contrapedido (art. 278, § 1º) ou reconvinido (art. 315)<sup>36</sup>. Terceiro, que tenha formulado pedido, igualmente legitima-se a postulação dessa providência.

### 3.2- Existência de prova inequívoca

A locução *prova inequívoca*, adotada no art. 273, *caput*, relacionada à verossimilhança da alegação, causou perplexidades dignas de nota.

Após explicar que a antecipação pode ser outorgada a qualquer momento, inclusive após a instrução e, portanto, baseada em cognição exauriente, Luiz Guilherme Marinoni assevera que a denominada "*prova inequívoca*", *capaz de convencer o juiz da "verossimilhança da alegação"*, *somente pode ser entendida como a "prova suficiente" para o surgimento do verossímil*, um passo aquém da certeza<sup>37</sup>.

35 Reis Friede, ob. cit., p. 182; Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, p. 55; Calmon de Passos, *Inovações*, p. 21; Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma*, nº 105, p. 141.

36 Em termos gerais, Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, p. 55 e Calmon de Passos, *Inovações*, p. 23, não olvidando o reconvinde.

37 Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela na reforma do código de processo civil*, nº 4.3, pp. 67/68.

Mais exigente, Calmon de Passos vincula a possibilidade de o juiz prover o mérito favoravelmente ao autor<sup>38</sup>.

De sua vez, Antonio Cláudio Costa Machado entrevê a exigência de prova documental pré-constituída<sup>39</sup>.

Finalmente, Cândido Rangel Dinamarco<sup>40</sup> e Nelson Nery Jr.<sup>41</sup> vislumbram o requisito da *probabilidade*, ou seja, a preponderância dos motivos convergentes à aceitação de certa proposição sobre os motivos divergentes.

Inicialmente, cumpre recordar que, às vezes, o legislador emprega a locução “prova inequívoca”, a exemplo do que acontece no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, sem correspondência nas fontes do direito pátrio, para se referir à prova que não deixa dúvidas no espírito do juiz.<sup>42</sup> Note-se que, no paradigma invocado, tal prova “inequívoca” opor-se-á à presunção – relativa! – de certeza do título executivo.

Contudo, o art. 273, *caput*, emprega a locução como um grau intermediário entre a dúvida e a certeza, motivo por que a aparente *contradictio in adjecto* desaparece, substituída pela noção de verossimilhança.

E como se provará, de modo inequívoco, o verossímil? Através de qualquer meio de prova, principalmente a documental, como revelam os exemplos de antecipação da tutela: alguém, munido de promessa de compra e venda registrada (art. 275, II, g), pleiteia a antecipação da aquisição do domínio; outra pessoa, exibindo o título de domínio, reivindica o imediato desapossamento do ocupante do imóvel.

Ademais, o requisito aplicar-se-á, igualmente, ao caso de abuso do direito de defesa ou de intuito protelatório (art.

273, II), no qual o comportamento reprovável do réu desumir-se-á de peças escritas (*infra*, nº 3.4).

Em síntese, a tormentosa “prova inequívoca, mencionada no art. 273, *caput*, é qualquer meio de prova, em geral a documental, capaz de influir, positivamente, no convencimento do juiz, tendo por objeto a verossimilhança da alegação de risco (inciso I) ou de abuso do réu (inciso II).

### 3.3- Verossimilhança da alegação

Diz o preceito sob foco, outrossim, que a prova inequívoca há de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, obviamente formulada, à conta da antecipação, pela parte legitimada (*retro*, nº 3.1).

O termo “alegação” não possui sentido unívoco. Ele abrange *todo e qualquer requerimento, petição, razões, enfim tudo que for formulado pelos procuradores das partes*<sup>43</sup>. Ao que parece, o texto da lei emprega o vocábulo em outra e diferente acepção, relacionada ao objeto da “prova inequívoca”, que é da causa de pedir exposta na inicial (ou, acrescente-se, para fundar o contrapedido ou reconvenção)<sup>44</sup>.

A verossimilhança exigida no dispositivo cinge-se ao juízo de simples plausibilidade do direito alegado em relação à parte adversa. Isto significa que o juiz proverá com base em cognição sumária. Como explica Ovídio A. Baptista da Silva, *se o direito se apresenta como uma evidência indiscutível, a resposta jurisdicional não deverá ser mais a tutela de simples segurança, mas alguma forma de tutela definitiva e satisfativa*.<sup>45</sup>

38 Calmon de Passos, *Inovações*, p. 11.

39 Antonio Cláudio da Costa Machado, *Inovações*, p. 20.

40 Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma*, nº 106, p. 143.

41 Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, p. 53.

42 Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, nº 303.5, p. 705.

43 Alcides de Mendonça Lima, *Dicionário*, p. 42.

44 Neste sentido, Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, p. 54; Calmon de Passos, *Inovações*, p. 10.

45 Ovídio A. Baptista da Silva, *Teoría de la acción cautelar*: § 22, p. 103.

Logo, se a prova produzida na inicial, ou colhida no desenvolvimento regular do processo, produz a certeza de que o autor logrará êxito e, com base nela, o juiz antecipa tutela pretendida no pedido, abandona o nível da verossimilhança e adentra no terreno vizinho, pertencente às convicções definitivamente formadas. É por tal razão, além de outras considerações acerca da natureza da “antecipação”, que se mostra inaceitável a concessão, a qualquer tempo, do provimento contemplado no art. 273. Após o esgotamento da atividade instrutória, da produção de todas as provas requeridas pelas partes e deferidas pelo juiz, o pronunciamento não se cifrará a juízo de verossimilhança e, sim, convolar-se-á em juízo de certeza.

Como quer que seja, *quod abundat non nocet*: verificando o juiz, ao apreciar o pedido de antecipação, que o direito do autor é evidente (v.g., a inicial narra, respaldada no boletim de ocorrência, assinado pelos envolvidos, que o veículo do réu colidiu na traseira do automóvel do autor), com recobradas razões haverá de deferir a providência.

### 3.4- Fundado receio de dano irreparável ou, alternativamente, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

Os incisos I e II do art. 273 estabelecem dois requisitos alternativos, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e, abuso de direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em relação ao primeiro requisito, o dano a prevenir, ou cujos efeitos permanentes calham erradicar e obstar<sup>46</sup>, não é ao objeto litigioso, mas concernente a relações a ele conexas ou dele dependentes. Assim, a vítima

46 Na doutrina italiana, Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, pp. 81-82

de ato ilícito, que lhe mutilou o corpo, pode pretender a antecipação de pensão, devida até o fim da convalescência (art. 1.538 do Cód. Civil), a qual ocorrerá durante o processo.

No tocante ao segundo, ele deriva da circunstância de que a duração do processo, às vezes, traz vantagens econômicas e, de olho nelas, a resposta do réu poderá se desviar das linhas da lealdade. Concretamente, é difícil configurar as hipóteses de “abuso” do direito de defesa, garantido constitucionalmente (art. 5º, LV, da CF/88), e as intenções protelatórias do réu.

Entretanto, a contribuição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>47</sup>, nesse assunto, surge decisiva e esclarecedora:

- a) haverá “abuso” quando, provado o fato constitutivo do pedido (art. 282, I), as exceções substantivas do réu (art. 333, II, c/c art. 326) dependem de prova;
- b) o réu não impugnou, de forma específica, certas verbas pleiteadas;
- c) o réu empregou recurso com intuito protelatório (v.g., a parte interpõe embargos de declaração, estimados protelatórios e, em seguida, baseada no voto vencido no julgamento da apelação, embargos infringentes).

### 3.5- Perigo de irreversibilidade

O art. 273, § 2º, representa um lastimável retrocesso relativamente aos termos amplos e confortáveis dos requisitos positivos da concessão da tutela antecipada. Com efeito, mesmo plenamente configurados os demais pressupostos positivos, descaberá à medida, quando *houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*.

47 Luiz Guilherme Marinoni, *A tutela antecipatória*, n° 4.2, pp. 62-67. Os exemplos, fundados na literatura italiana, põem à mostra o caráter vago das lições de Calmon de Passos, *Inovações*, p. 19.

Em primeiro lugar, *legem habemus* e não é possível ignorar o veto, como se fosse excrescência não escrita. Ademais, é impossível distinguir entre *irreversibilidade do provimento* e “irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento”:<sup>48</sup> aquela, motivo de exclusão da medida, não pode ser tomada ao pé da letra – irreversível é o provimento contra o qual não caiba mais recurso e que o juiz não pode revogar ou alterar<sup>49</sup> – nem se refere às constituições e declarações provisórias; esta, justamente, enuncia a *ratio essendi* do dispositivo.

Indubitavelmente, impedir o juiz de conceder a antecipação ao direito mais provável, porque tal providência gerará uma situação de fato irreversível – por exemplo, a vítima do ilícito, carente de moeda para minorar seu sofrimento, consumirá tais recursos e não tem como prestar caução (art. 273, § 3º), nem restituí-los – causará dano a tal direito, em prol do improvável.<sup>50</sup>

Forçoso reconhecer, no entanto, a disciplina entre nós vigente. Ao aplicar à antecipação da tutela os incisos II e III do art. 588, o legislador deixou claro que, antecipado o efeito da condenação, que é o título executivo, a execução subsequente assumirá caráter provisório (art. 587, segunda parte), não importando o levantamento do dinheiro *sem* caução idônea. Ora, se há garantia prestada pelo beneficiário da medida, os efeitos de fato mostram-se, à primeira vista, *reversíveis*; caso contrário, não há levantamento admissível, seja porque irreversível (art. 273, § 2º, *in fine*), seja porque a tanto obsta o § 3º do art. 273.

Em que consistirá o tão enfático *perigo de irreversibilidade*? Na latente impossibilidade de retorno à situação anterior.

Relaciona-se o fenômeno proscrito pelo legislador, salvo engano, com o objeto da antecipação.

48 Neste sentido, porém

49 Exemplar a lição de Nelson Nery Jr., *Atualidades*, n° 22, p. 59.

50 Exato, Marinoni, ob. cit., n° 4.8, p. 79.

Assim, o adiamento do efeito da constituição, positiva ou negativa, é potencialmente capaz de gerar o mencionado “perigo”: como refazer o primitivo casamento de quem, antecipadamente divorciado, casou de novo?

Por igual, transparece do exemplo há pouco aventado – e a indenização do ilícito sob forma de alimentos (artigos 1.537 e 1.538 do Cód. Civil), porque irrepetíveis,<sup>51</sup> recrudescer o risco – análoga situação no adiantamento das eficácias condenatória e executiva, quando a outra parte prestará dinheiro.

E, finalmente, direitos de outra índole – prestações de fazer, deveres legais de abstenção, adiantamento de ordens – não refogem a tal perigo. Nos últimos, instituiu-se a seguinte regra, orientando o magistrado: sempre que, não tocando ao réu prestação pecuniária, e ela adiantada, o retorno ao estado prístino só acontecerá através de dinheiro, há irreversibilidade<sup>52</sup>.

Nessas hipóteses, em que o adiantamento, na prática, tornar-se-á definitivo, ao juiz é vedado antecipar a tutela.

### 3.6- Proibição da antecipação

Como ensina Calmon de Passos,<sup>53</sup> a antecipação da tutela é problema de *política processual*, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em *inconstitucionalidade*. Assim, o art. 1º da Lei n° 8.437/92 veta a concessão de liminar contra a Fazenda Pública, em *quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva*, toda vez que semelhante providência não puder ser obtida através de mandado de segurança (v.g., pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias: art. 1º, § 4º, da Lei n°

51 Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, pp. 103-107.

52 Em sentido contrário, pois caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária, Nelson Nery Jr., *Atualidades*, n° 22, p. 59.

53 Calmon de Passos, *Inovações*, pp. 6-7.

5.021/66). A proibição alcançará, em identidade de situações, a antecipação da tutela (art. 273).

Rigorosamente constitucional, deste modo, o art. 1º da Medida Provisória nº 1.570, de 26.03.97, que tornou letra explícita a proibição já submissa na Lei nº 8.437/92.

#### 4. Procedimento

O requerimento da parte legitimada provocará um incidente, cujos trâmites sugerem algumas considerações.

##### 4.1- Prazo

Ao contrário do que pretende Calmon de Passos,<sup>54</sup> não há prazo assinado à postulação, nem pode haver, considerando a heterogeneidade das situações.

Em geral, o autor postulará a antecipação na inicial. Nada impede, porém, requerimento ulterior a qualquer tempo. Às vezes, somente após o encerramento da fase postulatória surgirá o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, aludido no art. 273, I; e, de qualquer sorte, só após a resposta do réu, não se conceberá abuso no direito de defesa.

E há termo final, relativamente ao juiz de primeiro grau: após a coleta da prova é-lhe vedado antecipar os efeitos da tutela, ainda que o receio de dano (art. 273, I) ou o abuso do réu (art. 273, II) apareçam nessa oportunidade.

E isso, consoante dispõe o art. 273, *caput*, porque a antecipação limita-se a um juízo de verossimilhança. Esgotada a atividade probatória, surgirá a certeza, ultrapassando a singela plausibilidade.

A título de reforço, convém recordar que o legislador preservou, como regra, o duplo efeito da apelação interposta contra a sentença. É significativo o

54 Calmon de Passos, *Inovações*, p. 22

argumento, a revelar a índole conservadora da reforma<sup>55</sup>. Colhida a prova, ao juiz compete proferir sentença e, neste caso, nada mais *antecipará* – a “antecipação” do art. 273 é um provimento anterior à sentença, no procedimento e no tempo, tanto que o processo prosseguirá até *final julgamento*, a teor do art. 273, § 5º – e, por força da inibição à eficácia do ato, decorrente da previsão de recurso suspensivo (art. 520)<sup>56</sup>, revelar-se-ia inócua eventual disposição “antecipatória” na própria sentença. E antecipar o juiz pouco antes da sentença, nas condições anteriores, em ato apenas formalmente autônomo, é reprovável burla à lei.

Faltou à lei, neste ponto, a audácia de inverter a regra geral da suspensividade da apelação, que inibe os “efeitos da tutela”. Em tal caso, ao juiz caberia tornar imediatamente eficaz seu pronunciamento.

No segundo grau surgirá ocasião de reprovar a conduta do réu (*v. g.*, interpõe ele embargos de declaração protelatórios), adiantando a eficácia do acórdão (art. 163), que substituirá, na parte impugnada, a sentença (art. 512). É ato do colegiado<sup>57</sup>.

##### 4.2- Forma

O incidente processar-se-á nos próprios autos da demanda<sup>58</sup>. Lícito se afigura ao autor requerê-la na própria inicial, quando formular seu pedido, ou através de petição avulsa. No sumário, nada impede o requerimento oral do autor ou do réu, quando, mercê de contrapedido, a antecipação se legitimar, (art. 278, § 1º).

55 Ao contrário do que argumento Carreira Alvim, *Procedimento sumário*, p. 177, o legislador não tornou imediatamente executórias as sentenças de primeiro grau.

56 Barbosa Moreira, *Comentários*, nº 143, p. 229: *mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não interpusse o recurso.*

57 Calmon de Passos, *Inovações*, p. 26.

58 Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma*, nº 109, p. 148.

### 4.3- Momento da concessão é contraditório

Tão logo requerida a antecipação, o juiz apreciá-la, *inaudita altera parte* ou após audiência do réu. Não é obrigatória prévia audiência da parte contrária, nem sua citação<sup>59</sup>.

No sumário, no qual os atos processuais se concentram em audiência, e porventura nela requerida a medida, a manifestação da outra parte é colhida no ato e o juiz, em seguida, decidirá a respeito.

Neste caso, porém, só caberá agravo retido (art. 280, III), impossibilitando o conhecimento imediato da questão pelo Tribunal. Este é outro caso de exceção à regra, pois a doutrina rejeita, porque impróprio ao ataque do ato, tal modalidade de agravo contra a decisão que antecipa a tutela<sup>60</sup>, ou, então, a parte utilizará mandato de segurança.

### 4.4- Audiência de justificação

Não prevê o art. 273 a designação de audiência de justificação, a fim de o réu produzir a tal “prova inequívoca”.

O silêncio do art. 273 é eloqüente, pois o art. 461, § 3º (...*liminarmente ou mediante justificação prévia...*) dispôs, diferentemente.

### 4.5- Natureza do ato e sua motivação

O ato do juiz, deferindo ou negando a antecipação, representa decisão interlocutória, consoante a exata definição do art. 162, § 2º.

Exige o art. 273, § 1º que o juiz, ao antecipar a tutela, indique as razões de seu convencimento, *de modo*

*claro e preciso*. A determinação é idêntica àquela constante dos artigos 165 do Cód. de Proc. Civil e 93, IX, da CF/88. A extraordinária relevância do pronunciamento do órgão judiciário, neste tópico, conduziu o legislador à escusável redundância e a uma pequena impropriedade: o juiz fundamentará, com idênticas galas, também a decisão que *indeferir* a antecipação...

### 5. Efeitos

O ato que antecipa a tutela gera efeitos dentro e fora do processo.

Em primeiro lugar, a tutela poderá *ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada* (art. 273, § 4º) e – nota Cândido Rangel Dinamarco<sup>61</sup> – conceder providência antes denegada. Evidentemente, há que surgir fato novo, pois é manifesta a inconveniência de o juiz, a seu talante e em conformidade com os humores do momento, conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois, ou vice-versa. A faculdade do § 4º é do próprio juiz que concedeu a antecipação<sup>62</sup>. Ela convive, perfeitamente, com eventual reforma do ato, através do provimento do recurso próprio.

Ao suscitar o incidente, o autor não provocará a suspensão do processo, até sua solução<sup>63</sup>. Aliás, no sumário é possível o juiz postergar o exame do pedido para a audiência preliminar, demonstrando a nula interferência do pedido na marcha do procedimento. Seja como for, vencido o incidente, *prosseguirá o processo até final julgamento*, esclarece o art. 273, § 5º.

Conforme a natureza do efeito antecipado, o cumprimento da decisão dar-se-á, ou não, nos próprios au-

59 Coreto, examinando a influência do contraditório, Nelson Nery Jr., *Atualidades*, n° 22, p. 58. Em sentido contrário, Francisco Cavalcanti, *Inovações*, p. 50; Calmon de Passos, *Inovações*, pp. 26-26; Sérgio Bermudes, *A reforma*, p. 29; Reis Friede, *Comentários*, p. 177.

60 Neste sentido, Nelson Nery Jr., *Atualidades*, n° 22, p. 59.

61 Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma*, n° 104, p. 141.

62 Calmon de Passos, *Inovações*, p. 36.

63 Contra, Francisco Arno Vaz da Cunha, *Alterações*, p. 51.

64 Contra, porque não distingue as hipóteses, Antonio Cláudio da Costa Machado, *A reforma*, p. 23.

tos<sup>64</sup>. Adiantado o título executivo, é inconcebível, pela incompatibilidade de procedimentos, realizar a execução nos autos originários. De posse do título “provisório”, a parte executará seu crédito através do meio executório cabível, em geral a expropriação (art. 646), mas não se excluem outros (v. g., no caso dos alimentos, o desconto: art. 734).

Esclarece o art. 273, § 3º, que, na execução da tutela antecipada (*reclusus*: do crédito constante do efeito antecipado, daí a cláusula *no que couber*, pois o art. 588 é inaplicável a outras execuções), observar-se-á o disposto nos artigos 588, II e III.

O dispositivo em questão traça limites à execução provisória (de créditos). Em consequência, semelhante execução:

- a) recaindo a penhora sobre bem diverso de dinheiro, *não abrange atos que importem alienação do domínio* (art. 588, II, primeira parte);
- b) recaindo a penhora em dinheiro, não permite, *sem caução idônea, o levantamento de depósito* (art. 588, II, segunda parte);
- c) ficará sem efeito sobrevindo a reforma, a revogação ou a modificação da decisão antecipatória (art. 588, III, c/c art. 273, § 4º).

Tais restrições denotam, como se examinou linhas antes, a preocupação do legislador com a hipotética “irreversibilidade” dos efeitos práticos da antecipação. Caso contrário, não proibiria o levantamento do dinheiro independentemente de caução. No fundo, o art. 273, § 3º, autoriza, tão-só o *início* da execução provisória sem prévia caução (art. 588, I); então, cuida-se de vantagem modesta, já consagrada, anteriormente, pelo STJ<sup>65</sup>.

64 6ª Turma do STJ, Resp nº 30.507-3-SP, 29.3.93, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU, 10.5.93, p. 8.655.

Por outro lado, semelhante disciplina revela que, provocando a execução do provimento dano ao réu, o autor responderá objetivamente<sup>66</sup>. É o que dispõe, de resto, o art. 574 do Cód. de Proc. Civil.

## 6. Impugnação

Contra a decisão que resolve o incidente de antecipação da tutela, em primeiro grau, caberá agravo de instrumento<sup>67</sup>. No sumário, há ressalva implícita à regra inflexível do art. 280, III, porque inadmissível o agravo retido<sup>68</sup>.

No segundo grau, caberá o recurso ordinário admissível, na fórmula genérica de Calmon de Passos,<sup>69</sup> em geral desprovido de efeito suspensivo (v. g., o recurso especial: art. 542, § 2º).

## Conclusão

O exame da disciplina outorgada, no art. 273, à antecipação da tutela, revela uma série de defeitos debitados à falta de audácia do legislador e que merecem, no futuro, aperfeiçoamento e mudança.

66 Neste sentido, Moniz de Aragão, ob. cit., nº 12, p. 204.

67 Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma*, nº 109, p. 148; Francisco Arno Vaz da Cunha, ob. cit., p. 50; Nelson Nery Jr., *Atualidades*, nº 22, 59.

68 Exato, Nelson Nery Jr., ob. e loc. cit.

69 Calmon de Passos, *Inovações*, p. 29.

## Lista Bibliográfica

- ARENS, Peter. *Zivilprozessrecht*. 4ª Ed. Munique, C. H. Beck'sche, 1988.
- ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. 2ª Ed. Pádua, Cedam, 1985.
- ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional diferenciada. *Repro/65*. São Paulo, RT, 1992.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 2ª Ed. São Paulo, RT, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Cumulação de ações*. 2ª Ed. São Paulo, RT, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo, RT, 1993.
- \_\_\_\_\_. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris/46*. Porto Alegre, s/e, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Cumulação de ações cautelares. Medidas cautelares – Estudos em homenagem ao professor Ovídio A. Baptista da Silva*. Porto Alegre, Fabris, 1989.
- BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao código de processo civil*. Porto Alegre, Lejur, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la acción cautelar*. Porto Alegre, Fabris, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- \_\_\_\_\_. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *RBDProcesso conforme/46*. Uberaba, Forense, 1985.
- BAUR, Fritz. *Zivilprozessrecht*. 5ª Ed. Frankfurt-sobre-o-Meno, Alfred Metzner, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre, Fabris, 1985.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil*. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 1996.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua, Cedam, 1936.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Inovações no código de processo civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo, RT, 1984.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do rito sumário na reforma do código de processo civil*. São Paulo, 1996.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Procedimento sumário na reforma processual*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- CAVALCANTI, Francisco. *Inovações no processo civil*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo, Saraiva, 1942.
- CUNHA, Francisco Arno Vaz da. *Alterações no código de processo civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo, Malheiros, 1995.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *Adjuris/66*. Porto Alegre, s/e, 1996.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo, Malheiros, 1995.
- HELLWIG, Konrad. *Wessen und subjektive Begreuzung der Rechtskraft*. Aalen, Scientia, 1967.
- \_\_\_\_\_. *System des Deutschen Zivilprozessrecht*. Aalen, Scientia, 1968.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- \_\_\_\_\_. Limites ao poder cautelar geral e à concessão de liminares. *Adjuris/58*. Porto Alegre, s/e, 1993.
- LEITÃO, José Ribeiro. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milão, Giuffrè, 1962.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do código de processo civil brasileiro*. São Paulo, RT, 1986.
- LIPPMANN, Edgard Antonio. Antecipação da tutela: utopia ou realidade? *Repro/81*. São Paulo, RT, 1996.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- MARINONI, José Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo, Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo, RT, 1992.
- \_\_\_\_\_. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Repro/69*. São Paulo, RT, 1993.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Medidas cautelares innominadas, RUDP/4*. Madri, Universidad Nacional, 1992.
- \_\_\_\_\_. Alterações no código de processo civil: tutela antecipada e perícia. *Repro/83*. São Paulo, RT, 1996.
- NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo, RT, 1995.

- PEREZ RAGONE, Alvaro J. D. Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. *Repro/81*. São Paulo, RT, 1996.
- PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *RDP/34*. Pádua, Cedam, 1979.
- RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Pádua, Cedam, 1987.
- REIS FRIEDE. *Comentários à reforma do direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.
- ROSENBERG, Leo & SCHWAB, Karl Heinz. *Zivilprozessrecht*. 9ª Ed. Munique, C.H. Beck'sche, 1974.
- SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo, RT, 1978.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto cautelar*. São Paulo, RT, 1993.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas cautelares*. São Paulo, Saraiva, 1974.
- THEODORO JR., Humberto. *As inovações do código de processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Processo cautelar*. 9ª Ed. São Paulo, Leud, 1987.
- VIEIRA, José Carlos. *Autonomia da sentença cautelar*. *Repro/79*. São Paulo, RT, 1995.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. *Repro/82*. São Paulo, RT, 1996.

# MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL

Caetano Lagrasta Neto

Juiz de Direito do Tribunal de Alçada Criminal – São Paulo.

## SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Integração legislativa e privatização do Poder Judiciário.
3. Reclamações de Particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e a Comunidade Econômica Européia.
4. Tribunal de Justiça Supranacional.
5. Conclusões.

## 1. Introdução

Anuncia-se e objetiva-se, a passos largos, a afirmação do Mercosul como elemento agregador das nações do Cone Sul deste Continente, apesar das restrições e do infundado temor dos EUA, que gostariam de ver os países sul-americanos sempre submetidos economicamente à sua esfera de influência<sup>1</sup>.

1 Noam Chomsky cita, em Conferência proferida na Universidade de Harvard, em 1985, relatório secreto do Departamento de Estado Americano, elaborado em 1948, por George Kennan, considerado um dos cérebros da planificação daquele Departamento, do qual resultou na formulação da política externa americana para as décadas seguintes: "Tenemos aproximadamente el cincuenta por ciento de la riqueza del mundo, pero solamente el 6.3 por ciento de su población (...). En esta situación, no podremos evitar ser objeto de celos y resentimiento. Nuestra tarea real en el período venidero es proyectar un orden de relaciones que nos permita mantener esa posición de disparidad (...). No necesitamos engañarnos a nosotros mismos pensando que podemos darnos hoy end día el lujo del altruismo y la beneficencia mundial (...). Debemos dejar de hablar sobre objetivos vagos e (...) irreales como los derechos humanos, el crecimiento del nivel de vida, y la democratización. No está lejos el día en el que debamos tratar directamente conceptos de poder. Mientras menos estorben los eslogans idealistas, mejor." Na mesma Conferência, o Autor esclarece a respeito da conceituação do "efeito dominó", enfatizando: "Pero existe además una versión racional de la teoría dominó que nunca fue cuestionada en documentos de planificación porque es plausible, racional y verdadera. Ésta dice que el desarrollo social y económico exitoso en una zona puede tener un efecto multiplicador en otras regiones, extendiéndose así la "putrefacción". Dicho sea de paso, es por esta razón que Estados Unidos típicamente demuestra lo que se ve como la tan fanática oposición contra el desarrollo constructivo en países marginales" (in "La intervención Estadounidense en Centroamérica y VietNam" – Alción Editora – 1996 – 1ª Bs.As. – Argentina, respectivamente, às fls. 15 e 24).

Com a entrada em vigor do Tratado de Assunção, no âmbito internacional, em 29.11.91, preparam-se seus atuais signatários, Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, agora com a criação de zonas de livre comércio com o Chile e a Bolívia (conflitante por participar do Pacto Andino), para uma verdadeira revolução, através de “processos pacíficos de integração”<sup>2</sup>.

Dentre os aspectos relevantes desta integração, avulta aquela legislativa, com uma “nova perspectiva da soberania: a de seu compartilhamento”, por dupla via: “a da criação de normas supranacionais, no caso chamadas de comunitárias, e a da submissão automática a uma autoridade judicial, também comunitária”<sup>3</sup>.

A Constituição Argentina adapta-se, conforme constatam juristas daquele país, admitindo que: “O tratado fundacional de integração está para o direito comunitário como a Constituição para o direito constitucional. Os tratados são a Constituição Comunitária. Bem por isto, o constitucionalismo da realidade caracteriza-se pela *constitucionalização dos tratados* e a *colocação dos tratados com hierarquia superior às leis*”. (grifo original-tradução livre n.)<sup>4</sup>.

O “Protocolo de Brasília para a solução das controvérsias”, que cumpre o disposto no art. 3º e no Anexo III, do Tratado de Assunção (D.O.U. de 08.01.92), estabelece estágios para a resolução de questões entre os Estados-Partes, dentre outros:

a) negociações diretas, se negativas;

2 Baptista, Luiz Olavo – “O impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro” – in RT 690/39 e segs. e Comunicado Mercosul – Chile e Declaração Ministerial sobre as Relações Mercosul-Bolívia (in “Boletim de Integração Latino-Americana” – nº 17 – maio/dezembro – 1995 – pág. 21 – ed. Aduaneiras).

3 “Mercosul. A estratégia legal dos negócios” - Maltese-SP – Capítulo VI, pág. 127 e segs. – coordenador técnico: Luiz Olavo Baptista.

4 Dromi-Ekmekdjian – Rivera in “Derecho Comunitario” pág. 59 – Ediciones Cuidade Argentina – 1º/1995 – Bs. As.

b) intervenção do Grupo Mercado Comum (art. 4º), que após amplo contraditório divulgará recomendação;

c) em não sendo atingida a solução do litígio, recurso a um Procedimento Arbitral (art. 7º). Este procedimento arbitral terá trâmite perante um Tribunal *ad hoc*, composto por 3 árbitros, escolhidos em lista adrede preparada (art. 9º), sendo o laudo final irrecurável.

Acresce-se que tais procedimentos estendem-se, com restrições, às “reclamações de particulares”- art. 25 e segs. do referido Protocolo – entendendo-se como tais pessoas físicas ou jurídicas.

Deixando-se de lado, por ora, outras circunstâncias desta nova espécie de jurisdição, evidenciam-se aspectos de absoluta relevância para o eficaz desempenho da magistratura no âmbito nacional.

## 2. Integração legislativa e privatização do Poder Judiciário

Inicialmente, salvo esporádicas manifestações de juristas e, em nosso País, escassa produção de obras doutrinárias, não se atentou devidamente para a instrumentalização e conseqüências desta integração legislativa em seus reflexos quanto às magistraturas dos respectivos Estados-Membros. Apenas agora, começam as Escolas de Magistrados a demonstrar interesse por uma necessária e abrangente discussão. Enquanto isso, o governo deveria evidenciar que grande parte de sua atividade legislativa, voltada para a reforma constitucional, está visceralmente ligada à preparação da integração jurídica latino-americana.

Correto o enfoque daqueles juristas argentinos, quando afirmam que: “El derecho comunitario, de profunda raingambre democrática y humanista, *no se compadece con el secreto*: el conocimiento de lo jurídico es el presupuesto lógico de su obligatoriedad. Este carácter imperativo del derecho se funda en la necesidad social de su cumplimiento, el cual no puede quedar sometido al arbitrio exclusivo de las situaciones subjetivas. Sin embargo, no puede imponerse la adecuación de la conducta a la norma, por ser a todas luces *injusto*, cuando ella resulta imposible de conocer. Atentos a que el futuro del derecho es el de ser un derecho verdad, creemos que la publicidad o forma de divulgación de las normas comunitarias tiene, por lo tanto, una relevancia que aún no ha sido del todo aquilatada” (in, op. loc. cit. pág. 75). Prosseguem os mesmos Autores propondo que a Secretaria Administrativa do Mercosul tenha a seu cargo “a edição do Boletim Oficial do Mercosul” (idem, pág. 76). Exemplo negativo desta circunstância está na discussão e elaboração quase secreta do convênio que resultou na recente promulgação do Acordo de Previdência Social, entre o Brasil e o Chile (D.O.U de 26.04.96), que envolve, além da circulação de trabalhadores, a garantia, dentre outros benefícios, da aplicação bilateral de legislações referentes a acidentes do trabalho e doenças profissionais (art. 2º).

Necessário, assim, o estudo sistemático sobre as repercussões imediatas desta espécie de Acordo, no relativo aos julgamentos ordinários de 1º e 2º graus, por ausente ainda o pronunciamento das Casas do Congresso e dos Tribunais Superiores sobre a aplicação de Tratados, Protocolos e Acordos firmados entre os Estados-Partes, quanto ao Mercosul. Neste ponto, relevante resumir, como o faz, de forma percuciente, o Professor Luis Renato Ferreira da Silva, sobre a progressão das diversas fases

do processo integrativo, sempre a partir de uma “ótica puramente econômica”, começando por uma zona de Livre Comércio, seguida de uma União Aduaneira, “até chegar a um verdadeiro Mercado Comum”, onde, “na primeira etapa, tendem a ruir ou minorar as barreiras aduaneiras e as restrições ao intercâmbio. A seguir, liberaliza-se o comércio com o estabelecimento de tarifa externa comum para, na terceira etapa, introduzir-se a livre circulação de pessoas, serviços, bens, mercadorias e capitais. Nesta senda, apenas na terceira etapa há que se cogitar de preocupações sociais relativas à migração de cidadãos dos Estados envolvidos, em especial, para o tema presente, migrações voltadas às relações de trabalho”. Adotados os critérios de igualdade entre nacionais e estrangeiros de acesso ao mercado de trabalho, visando àquela propalada livre circulação de trabalhadores, estas circunstâncias implicarão “em aplicar o tratamento igualitário no âmbito não só das relações de trabalho em sentido estrito, mas nos reflexos que o deslocamento de migrantes acarreta, nas relações entre trabalho masculino e feminino; em questões de seguridade e assistência social; no tema do aperfeiçoamento profissional e da integração do trabalhador e de sua família no Estado de acolhida”<sup>5</sup>.

Deixando de aprofundar a discussão sobre o “compartilhamento” da soberania e, por conseguinte, do monopólio da jurisdição, a implementação de Acordos dessa natureza apresentará dificuldades de compreensão e aplicação, enquanto não houver a conseqüente integração legislativa, o que diz respeito ao trabalhador que exerça funções e recolha contribuições alternadas, em

5 Ferreira da Silva, Luiz Renato – “A livre circulação de trabalhadores no Mercosul e o princípio da igualdade” – trabalho apresentado no IV Encontro Internacional de Derecho para America del Sur e transcrito in “Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros” – Org. Maristela Basso para Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre – 1995 – respectivamente, págs. 225/256 e 265/266.

ambos os países signatários, para se definir qual dos países e sob qual sistema será efetivado o pagamento de benefícios (recomenda-se, neste passo, a leitura do Decreto nº 1.875, de 25.04.96, em especial dos arts. 8º e 9º do Acordo que lhe vai anexo)<sup>6</sup>.

Fala este instrumento, no seu art. 1º, em "Organismo de Ligação", como sendo "o encarregado da coordenação da aplicação do Acordo entre as instituições competentes, assim como da informação ao interessado sobre os direitos e obrigações derivados do mesmo", enquanto que seus arts. 24º e 25º informam sobre a designação de tais "organismos de ligação", e a sujeição do Acordo "ao cumprimento das formalidades constitucionais de cada uma das Partes Contratantes para sua entrada em vigor" (grifo nosso).

O que se extrai dessa primeira abordagem é que os governos latino-americanos, ao investirem maciçamente na criação e desenvolvimento de um mercado comum do Sul do Continente, vêem-se obrigados a estender o compartilhamento da soberania ao conceito de compe-

6 Artigo 8º - 1. Os períodos de serviço cumpridos nos territórios de ambas as Partes Contratantes poderão, desde que não simultâneos, ser considerados para a concessão das prestações relativas às pensões por velhice, invalidez e morte, assim como às outras prestações pecuniárias, por cálculo *pro rata temporis*, na forma e nas condições a serem estabelecidas pelo Ajuste Administrativo, objeto do artigo 27º deste Acordo. 2. O cômputo desses períodos será regido pela legislação da Parte Contratante em cujo território tenham sido prestados os respectivos serviços. Art. 9º - 1. Cada entidade gestora determinará, conforme sua própria legislação e com base no total dos períodos cumpridos nos territórios de ambas as Partes Contratantes, se o interessado reúne as condições necessárias à concessão da prestação. 2. Em caso afirmativo, determinará o valor da prestação como se todos os períodos tivessem sido cumpridos conforme sua própria legislação e calculará a parcela a seu cargo na proporção existente entre os períodos cumpridos exclusivamente sob essa legislação e o total de períodos de seguro reconhecidos em ambas as Partes. 3. Quando a soma das prestações a serem pagas pelas entidades gestoras da Partes Contratantes não alcançar o mínimo vigente fixado na Parte Contratante em cujo território reside o interessado à época de apresentar seu pedido, a diferença que falte para completar o mesmo mínimo ficará a cargo da entidade gestora da Parte Contratante de residência do trabalhador. 4. Se somente no território de uma das Partes Contratantes o interessado cumprir os requisitos para obter o direito ao benefício, caberá à primeira assumir uma prestação de um valor pelo menos igual ao mínimo vigente conforme sua legislação.

tência, inclusive no relativo às reclamações de particulares, recorrendo ao juízo arbitral e à presença de leigos na administração da Justiça, com forma de solução dos litígios, quebrando-se o monopólio da jurisdição pelo próprio Estado.

Percebe-se, neste passo, uma primeira investida contra a harmonia entre os Poderes do Estado, a pretender-se uma espécie de privatização do Poder Judiciário, doravante conduzido por árbitros, na função de "juízes de fato e de direito", mediante, inclusive, a instalação de câmaras de arbitragem, nas próprias Associações Comerciais.

Coloca-se, então, a indagação: dessa forma estarão garantidas a Cidadania e o Estado Democrático de Direito, com observância dos princípios de proteção aos Direitos Humanos e preservadas as funções constitucionais do Poder Judiciário, em especial a do monopólio da jurisdição?

### 3. Reclamações de particulares (pessoas físicas ou jurídicas) e a Comunidade Econômica Européia

Essas questões, no âmbito da Comunidade Econômica Européia, são enfrentadas através de outra estrutura jurídico-política, razão da ênfase na criação de um Direito Comunitário, "con alcances de orden jurídico propio, que forma parte de los sistemas legales de los Estados Membros, y que sus tribunales están precisados a aplicar, el cual puede constituir una fuente directa de derechos y de obligaciones, tanto para los Estados como para los particulares. En caso de divergencia de los derechos locales con el comunitario, procede la adecuación

7 Alterini, Atílio Anibal e Bldorini, María Cristina - "El sistema jurídico en el MERCOSUR", ed. Abeledo-Perrot - 1994 - Bs. As. pág. 59, citando decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Européia.

de aquéllos (art. 101 del Tratado de Roma de la CEE)<sup>7</sup>. As dificuldades para a implantação dessas normas de direito internacional público<sup>8</sup>, devem ser objeto de abrangente exame e ponderação, uma vez que representam anseio de soberania econômica e prosperidade, com justiça social. É sintomática, sob este aspecto, a irredutível posição dos EUA no sentido de que há o perigo de que o Mercosul obtenha potencial econômico, capaz de prejudicar a terceiros. Na verdade, reflete este raciocínio apenas “a possibilidade de que numa zona de sua imediata influência, como é a América Latina, surja um bloco econômico ao estilo europeu e não mera zona de livre comércio, como pretendeu George Bush quando lançou sua “Iniciativa para as Américas”, em 1.990<sup>9</sup> e que desembocou no “Acordo de Quatro Mais Um”, quando os EUA “evitaram reconhecer o Mercosul, outorgando o convênio de forma bilateral”, separadamente, com cada um de seus integrantes<sup>10</sup>.

Há que, desde logo, destacar no Protocolo de Brasília a interpretação de seus arts. 1º e 25º, que, nas reclamações de particulares, ressalva-lhes a possibilidade de solucionar suas controvérsias através de *outros mecanismos, não previstos no Protocolo*.

Ao particular garante-se, de início, o exame do *fumus boni iuris* pela Seção Nacional e, no silêncio desta, veda-se-lhe o recurso ao assessoramento de peritos ou ao início do procedimento arbitral, que sempre permanecerá ao alvedrio dos Estados-Partes, colocando-o, aparentemente, em posição subalterna na defesa de seus direitos, uma vez que a garantia é a de que poderá recorrer a *outros*

8 Bidart, Adolfo Gelsi – “Tribunal de Justicia para el Mercosur” – in Revista de la Facultad de Derecho, pág. 58 – citado por Daniel A. Lipovetzky – “Mercosul: estratégias para integração” – LTR – 1994 – pág. 249.

9 Lipovetzky, Daniel A. e Colare, Victor H. – in op. cit. pág. 200.

10 Lipovetzky, Jaime C. – in op. cit. pág. 42.

*mecanismos*. Mas, quais seriam estes, se excluído o da via judicial?

Nesta última hipótese, é imprescindível que o Poder Judiciário dos Estados-Partes, signatários do Acordo, tenham adequado conhecimento das legislações e interpretações jurisprudenciais respectivas, para se atingir um julgamento apto a garantir os direitos do trabalhador no âmbito internacional. A atual tentativa do governo brasileiro de novamente retornar o seguro de acidentes do trabalho para a esfera privada ou a de privatizar a Previdência Social, nada obstante o fracasso da experiência anterior, seriam indícios de que se busca uma integração legislativa, voltada para o Mercosul?

Apesar da aparente dificuldade, a troca de conhecimentos sobre legislações e jurisprudências pode ser superada através da aplicação integrada de métodos informáticos. Talvez o maior obstáculo esteja – ao menos no Brasil – na facilidade e número excessivo de recursos, a incentivar o demandismo, quer do ente autárquico, quer das seguradoras privadas. Enfatiza-se que estas, até os anos 70, foram responsáveis pela cobertura dos benefícios, devolvendo-a ao poder público sob a mera alegação de insolvência, sempre com prejuízo do trabalhador e de sua família, fator preponderante na instalação de um clima de insegurança para estes.

Cabe lembrar, neste passo, a advertência de Daniel A. Lipovetzky:...” é importante mencionar que o Protocolo de Brasília não contempla a possibilidade de reclamações de um particular contra outro, controvérsias que deverão ser resolvidas na órbita do direito internacional privado. Embora, como já dissemos, isto se torne bastante dificultoso no caso de conflitos onde o Brasil intervenha, já que este país praticamente não tem aderido a nenhum tratado ou convênio que estabeleça a unificação do direito internacional privado”<sup>11</sup>.

11 Lipovetzky, Daniel A. – idem, págs. 269/270.

Enquanto não atingida a ansiada e dificultosa integração das legislações, não só no âmbito econômico e tributário, como também no que diz respeito à proteção do trabalhador, do consumidor, à garantia de circulação de pessoas, evidente que qualquer açodamento poderá conduzir até ao desrespeito a elementares princípios da cidadania e dos Direitos Humanos.

A promulgação do Acordo Brasil/Chile sobre Previdência Social pode caracterizar um primeiro esforço para cumprir-se a determinação final do art. 1º, do Tratado de Assunção, no sentido de se prosseguir no processo de integração, sem que a consciência jurídica, por causa disto, seja ofuscada pela instalação do Mercosul, deixando-se de lado a justiça social, ante o inegável predomínio da vertente econômica sobre a jurídica.

As pendências entre Estados-Partes e particulares, ou entre estes, devem também ser objeto de estrita observância aos princípios constitucionais. Compartilhar o Estado parcela de sua soberania e, conseqüentemente, de sua jurisdição, é requisito fundamental à concretização de um mercado comum, desde que garantido aos particulares o direito subjetivo de ver amparada e facilitada a defesa de seus direitos.

Discordamos da opinião de alguns autores que pretendem ver abolidos os órgãos de transição (Conselho do Mercado Comum e Grupo Mercado Comum, arts. 10º, 11º, 12º e 13º e 14º, respectivamente, do Tratado de Assunção), atribuindo-se a solução dos conflitos às próprias empresas que os provocaram. Da mesma forma, não parece válida “a utilização de algum organismo jurídico imparcial”, não só para o julgamento como para a aplicação de penalidades<sup>12</sup>. O eufemismo da expressão “algum

12 Simonsen e Associados – “Mercosul: O desafio do marketing de integração” – Matiron Books do Brasil Est. Ltda. – SP- 1992, citado por Lipovetzky, Daniel A. – op. cit. pág. 155.

organismo jurídico imparcial”, revela, de início, desrespeito à atividade de um dos Poderes do Estado, qual seja, à do Judiciário. Acrescente-se que o conceito parece conter em si mesmo contradição, pois não se admite a existência de organismo jurídico, à margem daquele Poder... A tendência que sobressai é a de que as funções jurisdicionais sejam subtraídas ao Poder Judiciário, através da criação de organismo que tenha a sua aparência, mas não o seu poder de solucionar os conflitos. No caso de recurso, questiona-se, a quem deveriam as partes se dirigir; seria talvez a “outro organismo jurídico imparcial”, com aparência de Tribunal?

Relevante mencionar percuciente reflexão de Claudia Lima Marques, citada por Newton de Lucca, quando analisa a proteção aos particulares: “Se de um lado o Mercosul mostrou-se um fenômeno político dinâmico e um fenômeno econômico real e complexo, no campo do Direito essa integração sub-regional continua incipiente: sem base jurídica definitiva, sem instrumentos suficientes para a harmonização das legislações, sem uma instituição dedicada à interpretação e à aplicação das novas regras, sem assegurar ao indivíduo o efetivo direito de reclamação e recurso frente à ação ou omissão de seu Estado ou de terceiros, sem criar enfim um organismo internacional independente, com competências reconhecidas, com força coercitiva, com personalidade jurídica internacional”<sup>13</sup>.

#### 4. Tribunal de Justiça Supranacional

Propostas existem para a criação de mecanismos aptos a proteger os Estados-Partes e seus nacionais, inclusive com a derrogação do Protocolo de Brasília, através da criação de um Tribunal de Justiça do Mercosul<sup>14</sup>.

13 Lucca, Newton de – “Processos Comunitários de Integração Econômica e a Proteção dos Consumidores” – Rev. do Direito do Consumidor – n° 16 – Outubro/Dezembro de 1995.

14 Lipovetzky, Daniel A. – op. cit. pág. 180.

O mesmo autor dessa proposta, analisa e compara as condições do Tratado de Maastricht, quando reconhece a prevalência do conceito de supranacionalidade na Europa, “uma vez que os órgãos comunitários estão acima das estruturas governamentais dos membros; mas, por outro lado, esses mesmos Estados têm reservado sua soberania até o ponto de poderem frear o avanço da Comunidade Européia, colocando em perigo a própria existência do Mercado Comum Europeu”. (op. cit. págs. 174/175). Exemplo disso é a interpretação dada ao Tratado da União Européia à expressão “ordem pública”, conforme decisão do Tribunal de Justiça, em questão referente à livre circulação dos trabalhadores quando julga que: “la noción de orden público en el contexto comunitario y, em particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, debe interpretarse restrictivamente de forma que su alcance no pueda determinarse unilateralmente por cada uno de los Estados miembros sin control de las instituciones de la Comunidad (...) Las circunstancias específicas que podrían justificar el recurso a la noción de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra y (...) hay, pues, que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación en los límites fijados por el Tratado y por las disposiciones adoptadas para su aplicación; (...) en tanto y en cuanto puede justificar ciertas restricciones a la libre circulación de las personas, el recurso por una autoridad nacional al concepto de orden público supone, en todo caso, la existencia, con independencia del desorden que para el orden social entraña toda violación de la ley, de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (considerados 33 a 35 de la Sentencia “Bouchereau” del 27/10/77)”<sup>15</sup>.

15 Dromi – Ekmekdjian – Rivera, op. cit. págs. 64/65

Não resta dúvida de que os segmentos sociais e jurídicos, no Brasil, continuam alijados das tratativas que se desenvolvem, especialmente, no âmbito dos Ministérios de Relações Exteriores e da Fazenda, no que diz respeito à discussão das soluções propostas, da preservação das garantias ao cidadão e da justiça social. Sob este aspecto releva transcrever outra preocupação de Claudia Lima Marques, nada obstante dirigida à visão jurídica específica do consumidor: “Parece-nos que, na insegurança sobre o futuro da integração, a prioridade deve ser de “construir” a estrutura jurídico-política reclamada, de realizar e possibilitar faticamente a livre circulação de mercadorias e serviços no MERCOSUL e não a de “destruir”, de regredir nos avanços sociais e nas garantias já conquistadas. A análise realizada evidenciou um real perigo de retrocesso jurídico, se, imbuídos do espírito econômico liberal do MERCOSUL, os governos envolvidos priorizarem a função econômica do direito e não sua função social, esquecendo-se dos verdadeiros atores da integração, pessoas físicas e jurídicas, fornecedores e consumidores, e do objetivo máximo do processo de integração que (é) a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos neste mercado integrado”<sup>16</sup>.

## 5. Conclusões:

Constata-se que os operadores do Direito no Brasil, relativamente às questões que envolvem a implantação do Mercado Comum do Sul, ressentem-se de participação e melhor informação em nível governamental. As discussões continuam sendo travadas em círculos restritos. Não se preocupou o governo brasileiro, até o momento, com a realização de Encontros Nacionais que envolvam

16 Marques, Claudia Lima – “O Código de Defesa do Consumidor e o Mercosul” – Rev. do Direito do Consumidor – nº 8 – Outubro/Dezembro 1993, pág. 40 e segs.

efetivamente os Ministérios afetados, o Poder Judiciário e os cidadãos, visando ao amplo debate nacional sobre a legislação do Mercosul. Igualmente, desdenha a eventual criação de um Tribunal de Justiça supranacional e de mecanismos que garantam uma soberania compartilhada, sem prejuízo da respectiva competência jurisdicional, dirigida aos particulares (pessoas físicas ou jurídicas), capaz de atingir uma solução dos litígios entre estes e os Estados ou entre si; resguardando o monopólio da jurisdição, o exercício da cidadania e a aplicação dos Direitos Humanos, como posicionamento prioritário dos Estados-Partes.

A preocupação com as pessoas físicas ou jurídicas e sua defesa deve encimar qualquer ordem de preferência, especialmente no que diz respeito aos aspectos trabalhistas, de consumo, de locomoção e penal. Uma árdua tarefa avizinha-se, mas sua consecução é parte integrante do anseio pelo acesso a uma ordem jurídica justa, também no âmbito internacional, e os magistrados estão dispostos a enfrentá-la, especialmente para arrostar a pretensão da Lei 9.037/96, que criou a figura do árbitro-leigo, como “juiz de fato e de direito” (art. 18), em conceituação revestida de flagrante inconstitucionalidade.

## DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA\*

Carlos Mário da Silva Velloso  
Ministro do Supremo Tribunal Federal e  
Professor Titular da UnB

### SUMÁRIO

1. O Judiciário como garantia maior dos direitos. 2. A Justiça brasileira: formação histórica, na Colônia e no Império. 3. O judiciário na República, a Constituição de 1891. 4. Justiça Federal e Justiça Estadual. 5. A Justiça Federal na Federação brasileira. 6. A criação do Tribunal Federal de Recurso. 7. Restauração da Justiça Federal de 1ª Instância. 8. O Judiciário e as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e EC 1/69. 9. O Judiciário na ordem constitucional vigente. 10. Visão panorâmica do Judiciário brasileiro. 11. Ministros e Juízes de 2º grau: número. 12. Organograma do Poder Judiciário. 13. Órgãos jurisdicionais: competências. 14. O Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário e Corte Constitucional. 15. As Cortes Constitucionais européias e o Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. 16. As competências do STF: originária, recursal ordinária e extraordinária. 17. O Superior Tribunal de Justiça. 18. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional. 19. Poder Judiciário: controle externo e controle de qualidade.

### 1. O Judiciário como garantia maior dos direitos

Em conferência que proferi em Porto Alegre, RS,<sup>1</sup> acentuei que o Poder Judiciário, “*que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares*”,<sup>2</sup> incumbe-se de distribuir justiça, que Aristóteles procla-

\* Texto básico da palestra proferida, em 29.7.94, no Curso de Política e Estratégia Marítimas, na Escola de Guerra Naval.

1 Carlos Mário da S. Velloso, “O Poder Judiciário na Constituição – Uma Proposta de Reforma”, em “Temas de Direito Público”, Del Rey Editora, 1994, pág. 23 e segs.

2 Pedro Lessa, “Do Poder Judiciário”, pág. 1.

mava ser a base da sociedade, ou o lugar comum de todo governo, na concepção de Platão<sup>3</sup> e que, sem ela, “no pueden mucho durar los reinos”, escreveu Egídio Romano, citado por S.V. Linares Quintana<sup>4</sup>. Na verdade, a função jurisdicional, que Quintana afirma ser a que “*melhor define o caráter jurídico do Estado constitucional*”,<sup>5</sup> diz, em definitivo, o direito, diante da controvérsia, e impõe a paz social. De outro lado, como consectário de sua própria natureza, o órgão estatal que a exercita, o Poder Judiciário, é o guardião maior dos direitos, a garantia das garantias constitucionais.<sup>6</sup>

Logo após as primeiras Declarações,<sup>7</sup> perceberam os povos que elas só não bastam, mas que é necessária a existência de mecanismos que tornem efetivos os direitos declarados, assim fazendo real a limitação do poder. Surge, então, a idéia das garantias de direito individual, que consubstanciam remédios jurídicos contra a violação de direitos<sup>8</sup>. Se ao Poder Judiciário, na doutrina de Montesquieu, cumpre, contenciosamente, como acima falamos, dizer o direito diante do caso controvertido, para o fim de proporcionar a tutela jurisdicional, é fácil perceber que o Judiciário haveria de colocar-se como a maior

dessas garantias, bastando a criação de medidas judiciais que seriam utilizadas pelos indivíduos. Leciona, a propósito, Dalmo de Abreu Dallari: “*A proteção deveria vir através do Poder Judiciário. E essa idéia de proteção através de medidas judiciárias concretas e eficazes, foi muito bem ressaltada pelo clássico Dicey, quando salientou que, para que se saiba se os direitos da pessoa são realmente parte de um sistema constitucional, é preciso considerar duas coisas: em primeiro lugar, em que consistem os direitos declarados, quais são esses direitos, qual a sua significação. E, a par disso, é necessário ainda verificar quais os meios legais que asseguram a preservação e exercício daqueles direitos. (Dicey, “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, pág. 207).*”<sup>9</sup>

Certos povos preocupam-se menos com as declarações de direitos e mais com as suas garantias. Assim, por exemplo, os ingleses e os americanos, que têm, por isso mesmo, uma longa tradição de respeito aos direitos individuais, ou de limitação do poder. Bem por isso, escreveu Pedro Lessa que, “*nos Estados Unidos da América do Norte, e nos países que lhes têm imitado as instituições, o Poder Judiciário é igual, ou, para ser bem preciso, superior aos outros dois poderes.*”<sup>10</sup> Vale invocar, aliás, tal como fez Pedro Lessa, o testemunho de um dos maiores mestres do direito constitucional americano, Willoughby, a dizer que “*o mais poderoso dos freios no garantir as relações regulares entre o poder federal e os poderes dos Estados, e ainda entre os próprios ramos do poder federal, tem sido inquestionavelmente a Corte Suprema. No mecanismo da república, o seu papel tem sido o da roda mestra. A Constituição no exercício de sua supremacia a*

3 Aristóteles, “A Política”, L.I, Cap. 1, § 11, pág. 6. Platão, “As Leis”, L.XII.

4 Egídio Romano, “Glosa Castellana al Regimiento de Príncipes”, Madrid, 1947, t.I, p.112; S.V. Linares Quintana, “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1963, IX/403.

5 S.V.Linares Quintana, ob. e loc. cit.

6 Rui Barbosa, “República: Teoria e Prática”, Ed.Vozes, em Convênio com a Câmara dos Deputados, 1978. Escreveu Rui: “*O espírito do estadista constrói as garantias; mas, se não houver homens no mendeio da máquina, “quem garantirá as garantias?”*”

7 A primeira Declaração de Direitos foi a do Estado da Virgínia, de 1776. Mas a mais importante e que teve grande influência foi a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que veio no bojo da Revolução Francesa de 1789. José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, RT, S.Paulo, 1984, 2ª ed., pág. 259 e segs. “*A Declaração de Virgínia e de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mais “universalizante”*...” José Afonso da Silva, ob. cit., pág. 264.

8 Maurice Hauriou, “Derecho Publico y Constit”, Madrid, Ed. Reus, 2ª ed., p.120; Ap. José Afonso da Silva, ob. cit., pág. 292.

9 Dalmo de Abreu Dallari, “O Mandado de Seg. na Const. Bras.”, Rev. dos Tribs., 418/11.

10 Pedro Lessa, ob. cit., pág.3.

respeito de todos esses poderes, a todos lhes pôs limites, e o instrumento para efetuar essa limitação tem sido a Corte Suprema, como intérprete do direito constitucional.”<sup>11</sup>

Fortalecer o Poder Judiciário, dar-lhe condição de funcionabilidade, são metas que devem ser perseguidas pelo povo que quer ser livre, por isso que “a independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual.”<sup>12</sup> Pedro Lessa, citando Story, afirmou que “o Estado deve organizar a sua magistratura, como se esta fosse uma instituição criada e existente fora do mesmo Estado.”<sup>13</sup>

## 2. A Justiça brasileira: formação histórica, na Colônia e no Império

Um magnífico resumo histórico da formação da Justiça brasileira nos foi dado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, em conferência que proferiu na Escola Superior de Guerra, em setembro de 1971.<sup>14</sup> Relata Baleeiro que Martim Afonso de Sousa, pela Carta del Rei de Portugal, de 1530, foi investido de amplos poderes de jurisdição administrativa e judiciária. Foi quem primeiro, portanto, em terras do Brasil, dirimiu conflitos entre pessoas. Durou pouco, entretanto, essa missão, já que Martim Afonso de Sousa era apenas o comandante de uma grande for-

11 Willoughby, “The Supreme Court of the United States”, pág. 33. José Alfredo de Oliveira Baracho, titular da Cadeira de Direito Const. da Fac. de Direito da UFMG, escreve: “As Declarações desacompanhadas de suas respectivas garantias perderiam a sua eficácia. A fixação de garantias, de ordem jurisdicional e processual, é que completa as declarações e possibilitam a sua efetivação.” “Processo e Constituição: o devido processo legal”, in RDP 68/56. É bastante esclarecedor o excelente trabalho do Prof. Torquato Lorena Jardim, Prof. da UnB, “Due process of law e a proteção das liberdades individuais”, in Rev.de Informação Legislativa, 74/69.

12 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Curso de Dir. Constit.”, 13ª ed., 1984, Saraiva, pág. 243.

13 Story, “Commentaries”, II, § 1577, Pedro Lessa, ob. cit., pág. 4.

14 “Diário da Justiça” de 21.9.71.

ça, que ao novo Continente viera para o fim de consolidar a descoberta. Três anos depois da chegada de Martim Afonso, foram instituídas as Capitânias Hereditárias, cujos titulares tinham poderes para julgar, podendo delegar tais poderes a Ouvidores. Todavia, registra Baleeiro, que “o sistema judiciário do Brasil teve como embrião a chegada do Dr. Pero Borge, Ouvidor-Geral”, que veio na companhia de Tomé de Souza e instalou-se em Salvador, Bahia, no ano de 1549. Magistrado de carreira, fora ele corregedor no reino de Algarves. Observada a alçada, as decisões do Ouvidor-Geral seriam irrecorríveis. Os recursos excedentes da alçada seriam julgados em Lisboa. Vigoravam, então, as Ordenações Manuelinas, que foram substituídas pelas Ordenações Filipinas, e vigoraram, no Brasil, no campo criminal, até a edição do Código Criminal de 1830 e, no cível, até a promulgação do Código Civil de 1916. O Ouvidor-Geral organizou a Justiça, ficando ele como instância máxima, para o qual eram remetidos os recursos das decisões dos juízes ordinários eletivos e dos juízes de fora, designados pelo Rei. Esses juízes tinham como insígnia uma vara branca e uma vara vermelha: a branca, para os juízes letrados; a vermelha, para os juízes leigos. Havia, ainda, os juízes de vintena, ou pedâneos, nas aldeias, com reduzida alçada, cujo processo era verbal e os juízes de órfãos.

Em 1587 é criada a primeira Relação do Brasil, na Bahia, instalada em 1609, com dez desembargadores. O Presidente era o Governador-Geral do Brasil. Em 1626, com a invasão holandesa, foi abolida a Relação da Bahia, retornando a competência do Ouvidor-Geral. Em 1652, é restaurada a Relação com oito desembargadores.

Em 1621, é criado o Estado do Maranhão, separado do Estado do Brasil. Os recursos interpostos das decisões do Ouvidor-Geral do Estado do Maranhão, em certos casos, eram remetidos para a Casa de Suplicação de Lisboa.

Em 1751, é criada e instalada a segunda Relação do Brasil, no Rio de Janeiro, com jurisdição sobre as Capitânicas do Sul e Oeste.

Em 1808, instala-se no Rio de Janeiro a Corte portuguesa, fugitiva dos Exércitos de Napoleão. O príncipe regente, futuro D. João VI, eleva, em 10 de maio de 1808, a Relação do Rio, criada em 1751, ao nível de Casa de Suplicação do Brasil, com as atribuições da Casa de Suplicação de Lisboa. Criaram-se, também, o Desembargo do Paço, segundo o modelo da Metrópole, e o Conselho Supremo Militar e de Justiça, este último, em 1º de abril de 1808.

Em 1812, instala-se a Relação do Maranhão e, em 1821, a Relação de Pernambuco, informa o Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira.<sup>15</sup>

Proclamada a independência, em 1822, a primeira Constituição brasileira, outorgada, em 25 de março de 1824, pelo Imperador D. Pedro I, mandou criar o Supremo Tribunal de Justiça, como sucessor da antiga Casa de Suplicação. Na Capital do Império haveria, também, uma Relação, que deveria existir em cada Província. O Supremo Tribunal de Justiça seria composto de juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, os quais teriam o título de Conselheiros (art. 163). A Lei de 18.9.1828 criou o Supremo Tribunal de Justiça, com dezessete Conselheiros. No ano anterior, vale o registro, pela Lei de 11.8.1827, foram instituídos os Cursos Jurídicos no Brasil, em São Paulo e Olinda. A Constituição deixou expresso que “o Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes e Jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que códigos determinarem.” (art. 151). Os Jurados deveriam se pronunciar sobre os fatos e os Juízes aplicariam a lei. Foram

15 Francisco Xavier Medeiros Vieira, “Desde o Brasil-Colônia”, in “Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Um Século”, Florianópolis, 1991, pág. 126.

criados os Juízes de Direito, que “serão perpétuos”, mas que poderiam ser suspensos pelo Imperador, após ouvido o Conselho de Estado. Só por sentença, entretanto, perderiam os seus lugares (artigos 153, 154, 155). A tentativa de conciliação seria obrigatória e requisito da instauração da lide (art. 161). A conciliação ficaria sob a responsabilidade dos Juízes de Paz, eletivos (art. 162). Vale registrar que a Constituição instituiu ação popular contra os Juízes de Direito, por suborno, peita, peculato e concussão, que poderia ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo (art. 157).

Esclarece o Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, que o Judiciário, no Império, especialmente após a promulgação do Código de Processo, em 1832, compunha-se assim:

- “1) Supremo Tribunal de Justiça, com sede na capital do Império e jurisdição em todo o território nacional. Tinha por finalidade precípua conhecer do recurso de revista. Manifestava-se sobre nulidade manifesta e acerca de injustiça notória dos julgados. Atuava, assim, nestes dois únicos casos em apelos de decisões finais das relações.
- 2) Cortes de Apelação ou Tribunais de Segunda Instância, chamados de Relações de Distritos, posto que jurisdicionavam Distritos delimitados ou determinados, compreendendo, via de regra, mais de uma Província.
- 3) Juízes de Direito, nas comarcas. Estes julgavam em primeira e segunda instâncias. Em primeira, decidiam as causas de valor superior a 500\$000; em segunda, conheciam dos recursos dos despachos e sentenças dos Juízes Municipais.
- 4) Juízes Municipais em cada termo, destinados a preparar os processos a ele submetidos, senten-

ciando em causa de valor inferior a 500\$000 e submetendo as demais ao Juiz de Direito.

5) Juízes de Paz, com alçada até 100\$000, isto é, julgando feitos até este valor, com apelação aos Juízes de Direito. Sua destinação primeira, entretanto, ainda tem eco nos dias atuais em muitas comarcas; era de chamar as partes à reconciliação.

6) Câmaras Especiais, onde pontificavam juízes substitutos do Juiz de Direito, com atribuições idênticas aos Juízes Municipais.<sup>16</sup>

### 3. O Judiciário na República, a Constituição de 1891

Em trabalho que escrevi<sup>17</sup>, registrei que a República, “proclamada a 15 de novembro de 1889, marca o surgimento do Supremo Tribunal Federal como poder. O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, significou o primeiro passo para a instituição do Supremo Tribunal Federal nos moldes da Suprema corte norte-americana. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, transformou o Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal. Promulgada a Constituição republicana, a 24 de fevereiro de 1891, instalou-se o Supremo Tribunal Federal, no dia 28 de fevereiro de 1891, com quinze ministros, a maioria deles vinda do Supremo Tribunal de Justiça, maioria essa que, entretanto, “pouco se demoraria no novo Tribunal”, informa Lêda Boechat Rodrigues.<sup>18</sup> O Poder Judiciário, na República, assume posição de poder político. Esclarece Seabra Fagundes, em conferência pronunciada

em 1952, que “vínhamos, em 1891, do Império, onde a Justiça não tinha nenhuma expressão política. Era um poder que se limitava a dirimir as controvérsias do direito privado, de modo que os atos da Administração Pública escapavam, por inteiro, ao seu controle. E, de chofre, pela instituição da República, o Poder Judiciário foi elevado a plano de excepcional importância na vida política do País. Atribuiu-se-lhe, ao lado da função que já era sua, de mero dirimidor das questões de ordem privada, uma outra, de maior importância: a de guardar os direitos individuais contra as infrações decorrentes de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive e notadamente quando esses atos afetassem textos constitucionais. Isto equivalia, de certo modo, a fazê-lo fiador da seriedade mesma do regime como construção política, pois ao declarar a prevalência da Lei Suprema em face de atos legislativos ou administrativos que a afetavam, o que fazia o Judiciário era preservar as próprias instituições republicanas, pela contenção dos demais poderes nas suas órbitas estritas de ação e pela garantia ao indivíduo da sobrevivência dos seus direitos, fossem quais fossem as prevenções contra eles armadas”.<sup>19</sup> Adotou a Carta de 1891, portanto, o modelo norte-americano, que mereceu elogios de Édouard Laboulaye: “Onde, porém, começa a diferença, onde os Estados Unidos fizeram uma verdadeira revolução, foi quando eles intuíram que a justiça deveria fazer-se também um poder político”.<sup>20</sup> O Supremo Tribunal Federal passa a realizar, com a Constituição republicana de 1891, aquilo que o Imperador de certa forma desejava: relata a notável historiadora do Supremo Tribunal Federal, Lêda Boechat Rodrigues, que, “em julho de 1889, indo Salva-

16 Francisco Xavier Medeiros Vieira, ob. cit., pág. 129.

17 Carlos Mário da S. Velloso, “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”, em “Temas de Direito Público”, Del Rey Editora, 1994, pág. 88.

18 Lêda Boechat Rodrigues, “História do Supremo Tribunal Federal”, Ed. Civilização Brasileira, Rio, 1965, l/7.

19 M. Seabra Fagundes, “A organização do funcionamento do Poder Judiciário”, em “Estudos sobre a Constituição Brasileira”, F.G.V., Rio, 1954.

20 E. Laboulaye, “Do Poder Judiciário”, in “A Constituição dos Estados Unidos”, 1866, tradução de Lenine Nequete, AJURIS, 4/13.

dor de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: “Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a esse respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto”.<sup>21</sup> Salvador de Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira não tiveram tempo de trazer ao Imperador as suas observações, dado que, a 15 de novembro de 1889, quatro meses depois, a República era proclamada. A idéia, entretanto, registra Lêda Boechat Rodrigues, “parecia estar na consciência de outros”, dado que a Constituição de 1891, conforme já falamos, adotou, no tocante ao Supremo Tribunal Federal, o modelo da Suprema Corte americana, outorgando-lhe, expressamente, “o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis”.<sup>22</sup>

#### 4. Justiça Federal e Justiça Estadual

A Constituição de 1891, instituiu não somente a forma republicana de governo, mas, também, a forma de Estado federal. Na Federação, a Justiça deve ser dual, vale dizer, coexistem, no seu território órgãos judiciários federais e órgãos judiciários estaduais. Isto foi consagrado pela Constituição de 1891. A respeito, escrevi<sup>23</sup> que,

21 Lêda Boechat Rodrigues, ob. cit., pág. 1.

22 Lêda Boechat Rodrigues, ob. e loc. cit.

23 Carlos Mário da S. Velloso, “O Poder Judiciário na Constituição – Uma Proposta de Reforma”, in “Temas de Direito Público”, Del Rey Editora, 1994, pág. 23.

“numa Federação, o Poder Judiciário se diz dual, por isso que coexistem, no território do Estado Federal, órgãos judiciários federais e órgãos judiciários estaduais. Quer dizer, ao lado de um Poder Judiciário federal, há Poderes Judiciários estaduais, formando ambos o poder judiciário Nacional”.

Há quem tenha opinião contrária a isto. Oliveira Viana escreveu: “sou pela unidade da magistratura. Nenhum argumento encontro que me convença da necessidade da conservação do regime atual da dualidade da Justiça, sejam quais forem as modificações propostas para remediar-lhes os inconvenientes”.<sup>24</sup> É que, para Oliveira Viana, as liberdades civis estariam muito mais garantidas “por autoridades vindas de fora – de origem carismática, cuja investidura não poderá provir senão de uma fonte nacional, num regime de “descentralização desconcentrada” - e não de “descentralização federalizada”, como a que temos.”<sup>25</sup> Oliveira Viana, defensor da unidade da magistratura, bateu-se, então, pela federalização dos Judiciários estaduais, opinião que é adotada, comumente, pelas magistraturas de Estados-Membros que não remuneram condignamente os seus juízes.

O certo é que, conforme acima falamos, numa Federação, coexistem órgãos judiciários federais e estaduais, tendo afirmado o grande teórico do Poder Judiciário, Pedro Lessa, que “à organização constitucional tem sido sempre inerente a dualidade da Justiça”, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, no México, na Colômbia, na Venezuela, na Argentina e na Suíça.<sup>26</sup>

24 Ap. Alcino Salazar, “Poder Judiciário – Bases para Reorganização”, Forense, 1975, pág. 79.

25 Oliveira Viana, “Instituições políticas Brasileiras”, José Olímpio Editora, 2ª ed., 1955, II/635.

26 Pedro Lessa, ob. cit., pág. 4.

Ora, se os Poderes Legislativo e Executivo são organizados, no Estado Federal, de modo dual, não haveria razão lógica em não aplicar-se o mesmo raciocínio ao Poder Judiciário,<sup>27</sup> o que foi acolhido por Jorge Lafayette Pinto Guimarães em trabalho que escreveu a respeito da Justiça Federal de 1ª Instância.<sup>28</sup>

Convém lembrar que a autonomia estadual é elemento fundamental do federalismo, caracterizando-se ela pela auto-organização, pelo autogoverno e pela auto-administração. O autogoverno por sua vez, é caracterizado pelo fato de os Estados-Membros terem governo próprio, Legislativo, Executivo e Judiciário.

## 5. A Justiça Federal na Federação brasileira.

Proclamada a República e instituída a Federação, em 15 de novembro de 1889, criou-se, antes mesmo de ser promulgada a primeira Constituição republicana, a Justiça Federal, com o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. A Constituição de 1891 ratificou a instituição da Justiça Federal, ao estabelecer, no seu artigo 55, que o Poder Judiciário da União seria exercido pelo Supremo Tribunal Federal e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criasse. Seguiram-se a Lei nº 221, de 20.XI.1894, e o Decreto nº 3.084, de 5.XI.1898, que constituiu a Consolidação das Leis da Justiça Federal. No sistema da Constituição de 1891, existiam os Juízes Federais de 1º grau e a segunda instância da Justiça Federal era exercida pelo Supremo Tribunal, sistema que persistiu na Reforma de 1926 e na Constituição de 1934 (arts. 63, 68, 70 e 71). A Carta Política de 1937, que veio no bojo do golpe de 37, suprimiu a Justiça Federal de 1ª Instância. “O sistema passou a ser não o da Justiça dual como adotado,

27 Bernard Schwartz, “Direito Constitucional Americano”, Forense, 1966, Tradução de Carlos Mayfeld, pág. 56 e segs.

28 Jorge Lafayette Pinto Guimarães, “Considerações sobre a Justiça Federal de 1ª Instância”, em “Rev. de Direito do Proc. Geral do Estado do Rio de Janeiro”, 17/431.

cada uma com o seu tipo, nas Constituições de 1891 e de 1934, e sim o da Justiça única, mas a estadual, salvo a competência do Supremo Tribunal”. certo que a este “se atribuiu além dos processos ou julgamentos de modo geral já admitidos nos textos constitucionais anteriores, a competência para julgar, em recurso ordinário”, as causas de interesse da União.<sup>29</sup>

## 6. A criação do Tribunal Federal de Recursos.

A Constituição de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos, dando-lhe competência jurisdicional antes confiada ao Supremo Tribunal Federal, mas não restaurou a Justiça Federal de 1ª Instância. As questões de interesse da União, suas autarquias e empresas públicas continuariam sendo julgadas, em 1º grau, pelos juízes estaduais, com recurso para o T.F.R. A este, conforme acima falamos, confiou-lhe o constituinte competência jurisdicional antes conferida à Corte Suprema. Competia-lhe, então, basicamente, processar e julgar, em grau de recurso, as causas em que a União fosse interessada como autora, ré, assistente ou oponente, ou quando se tratasse de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, bem assim as decisões de juízes locais, denegatórias de *habeas corpus*, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade apontada coatora; originariamente, julgaria os mandados de segurança impetrados contra ato de Ministro de Estado.<sup>30</sup>

## 7. Restauração da Justiça Federal de 1ª Instância.

A restauração da Justiça Federal de 1ª Instância deu-se com o Ato Institucional nº 2, de 27.10.1965, que alterou os artigos 94 e 105 da Constituição de 1946. Estabe-

29 Alcino Salazar, ob. cit., pág. 89.

30 Constituição de 1946, artigos 103 e 104.

leceu-se, então, a competência dos Juízes Federais, que compreenderia, de modo geral, as causas em que a União ou entidade autárquica federal tivesse interesse, na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e acidente de trabalho. Em matéria criminal, a Justiça Federal seria competente para o julgamento dos crimes políticos e dos praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas autarquias, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral. Sobreveio, em seguida, a Emenda Constitucional nº 16, de 26.XI.1965, que complementou a sua estrutura. A Lei nº 5.010, de 30.05.1966, organizou a Justiça Federal de 1ª Instância, agrupou as Seções Judiciárias (Estados-Membros) em cinco regiões, criou o Conselho da Justiça Federal, com a competência de supervisão da administração superior dos órgãos da Justiça Federal, cuidou da jurisdição, da competência, dos direitos, garantias e deveres dos Juízes Federais e estabeleceu os serviços auxiliares da Justiça Federal.

A Constituição de 1967 tratou da Justiça Federal de 1º grau, confirmando-a. Toda a sua competência passou a ser constitucional, vale dizer, inserida na Lei Maior, o que não se alterou com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (C.F., de 1967, arts. 118 e segs.; EC nº 1, de 1969, artigos 123 e segs.).

Vieram a lume, em seguida à lei nº 5.010, de 1966, os seguintes diplomas legais, que dizem respeito à Justiça Federal: o Decreto-Lei nº 30, de 17.XI.66, que acrescentou o inciso IV ao art. 15, da Lei 5.010, de 1966; o Decreto-Lei nº 253, de 28.2.67, que introduziu alterações na Lei 5.010/66; a Lei nº 5.345, de 03.XI.67, que também alterou a Lei 5.010/66; o Decreto-lei 384 de 26.12.68, que estabeleceu critérios para a criação de novas Seções Judiciárias e criou a Seção da Justiça Federal em Santos, SP, a qual não veio a ser instalada; a Lei nº 5.677, de 19.07.71, que dispôs sobre o Quadro de Juízes e o Qua-

dro Permanente da Justiça Federal de 1ª Instância, e extinguiu as Seções Judiciárias dos Territórios do Amapá, de Roraima e de Rondônia; a Lei nº 6.032, de 30.04.74, que dispôs sobre o Regimento de Custas da Justiça Federal, convindo registrar que a Lei nº 6.789, de 28.05.80, modificou a redação do seu art. 15; a Lei nº 6.044, de 14.05.74, que trata da disponibilidade dos membros da magistratura federal, registrando-se que o seu art. 1º mandou contar aos Juízes Federais o tempo de advocacia, até o limite de 15 anos, e o seu artigo 2º alterou o artigo 5º da Lei nº 5.677, de 19.07.71; a Lei nº 6.741, de 05.12.79, que alterou o art. 62, IV, da Lei nº 5.010/66; a Lei nº 6.825, de 22.09.80, que estabeleceu normas para maior celeridade dos feitos na Justiça Federal e no T.F.R.; a Lei nº 7.007, de 29.06.82, que criou cargos de Juiz Federal, para os fins previstos no art. 123, § 2º, da Constituição, e a Lei nº 7.178, de 19.12.83, que dispôs sobre a reorganização da estrutura da Justiça Federal de 1ª Instância.”

## 8. O Judiciário e as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e EC 1/69

A Constituição de 16 de julho de 1934 deu ao Supremo Tribunal Federal o nome de Corte Suprema, com os onze ministros fixados pelo Decreto 19.656, de 03.02.1931, e estabeleceu, no seu artigo 63, que seriam estes os órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais Federais; c) os Juízes e Tribunais Militares; d) os Juízes e Tribunais Eleitorais.

A Justiça Eleitoral fora criada pelo Código Eleitoral de 1932, com base no Tribunal Eleitoral tcheco, de 1920, que foi criado sob a inspiração de Kelsen. A Constituição de 1934, portanto, consagrou-a<sup>31</sup>.

A Carta Política de 1937, constituição semântica, na classificação de Karl Lowenstein, porque sim-

<sup>31</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Curso de Direito Constitucional.”, Saraiva, 1970, pág. 168.

plesmente dava feição formal a uma ditadura, extinguiu a Justiça Federal de 1º grau, conforme vimos. As causas de interesse da União seriam julgadas, em 1ª Instância, pelos Juízes estaduais, com recurso para o supremo Tribunal Federal. Seriam estes os órgãos do Poder Judiciário, conforme estabelecido no artigo 90 daquela Carta: a) o Supremo Tribunal Federal, com onze Ministros; b) Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios; c) Juízes e Tribunais Militares.

A Carta de 1937 ignorou a Justiça Eleitoral.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 restaurou a Justiça Eleitoral e criou o Tribunal Federal de Recursos, conforme falamos, linhas atrás. Seriam estes os órgãos do poder Judiciário, segundo a Constituição de 1946, art. 94: a) o Supremo Tribunal Federal, com onze Ministros; b) o Tribunal Federal de Recursos; c) os Juízes e Tribunais Militares; d) os Juízes e Tribunais Eleitorais; e) os Juízes e Tribunais de Trabalho.

A Constituição de 1946 integrou no Poder Judiciário a Justiça do Trabalho e, no seu art. 124, cuidou da Justiça dos Estados-Membros.

O Ato Institucional nº 2, de 27.10.65, restaurou a Justiça Federal de 1ª Instância, o que foi ratificado pela Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.65 e pela Lei nº 5.010, de 30.05.66. O A.I. nº 2, de 27.10.65, elevou para dezesseis o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, vigente a partir de 15 de março de 1967, estabeleceu, no seu art. 107, os seguintes órgãos do Poder Judiciário: a) Supremo Tribunal Federal, com dezesseis ministros; b) Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais; c) Tribunais e Juízes Militares; d) Tribunais e Juízes Eleitorais; e) Tribunais e Juízes do Trabalho. A Justiça dos Estados-Membros foi cuidada no art. 136. O Ato Institucional nº 6, de 1º de feve-

reiro de 1969, reduziu para onze o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 112, fixou os seguintes órgãos do Poder Judiciário: a) Supremo Tribunal Federal; b) Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais; c) Tribunais e Juízes Militares; d) Tribunais e Juízes Eleitorais; e) Tribunais e Juízes do Trabalho; f) Tribunais e Juízes Estaduais. A Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.77, criou o Conselho Nacional da Magistratura.

## 9. O Judiciário na ordem constitucional vigente

Na ordem constitucional vigente, inaugurada com a Constituição de 5 de outubro de 1988, são estes os órgãos do Poder Judiciário (art. 92):

- I- O Supremo Tribunal Eleitoral;
- II- O Superior Tribunal de Justiça;
- III- Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV- Os Tribunais e Juízes de Trabalho
- V- Os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI- Os Tribunais e Juízes Militares;
- VII- Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A Constituição de 1988 estabeleceu, ademais, que a União, no distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações 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 1º grau, bem assim criarão Justiça de Paz composta de cidadãos

eleitos, com competência para celebrar casamentos e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas em lei.

Assim a visão panorâmica do Poder Judiciário brasileiro, segundo trabalho que escrevemos:<sup>32</sup>

## 10. Visão panorâmica do Judiciário brasileiro: os Tribunais

Além do Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário brasileiro, assim colocado no ápice da pirâmide judiciária, temos quatro tribunais superiores: O Superior Tribunal de Justiça-STJ, O Tribunal Superior Eleitoral-TSE, O Tribunal Superior do Trabalho-TST e O Superior Tribunal Militar-STM. Seguem-se os Tribunais de 2º grau: a) **Justiça da União:** cinco Tribunais Regionais Federais (2º grau da Justiça Federal), dezesseis Tribunais Regionais do Trabalho (2º grau da Justiça do Trabalho, certo que haverá pelo menos um Tribunal Regional em cada Estado e no Distrito Federal (CF, art. 112), pelo que os demais encontram-se em fase de instalação) e vinte e cinco Tribunais Regionais Eleitorais, um em cada Estado e no Distrito Federal; b) **Justiça Estadual:** vinte e cinco Tribunais de Justiça, oito Tribunais de Alçada (dois no Rio de Janeiro, um criminal e outro cível; três em São Paulo, um criminal e dois cíveis; um em Minas Gerais; um no Paraná e um no Rio Grande do Sul) e três Tribunais de Justiça Militar estadual (Minas, São Paulo e Rio Grande do Sul). Ao todo, pois, são trinta e seis os Tribunais de 2º grau estaduais.

Temos, em resumo:

- a) O Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário, ao qual compete, precipuamente, a guarda da Constituição (C.F., art. 102);

- b) Quatro Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM, TST);
- c) Cinco Tribunais Regionais Federais;
- d) Dezesseis Tribunais Regionais do Trabalho;
- e) Vinte e cinco Tribunais Regionais Eleitorais;
- f) Vinte e cinco Tribunais de Justiça estaduais;
- g) Oito Tribunais de Alçada estaduais;
- h) Três Tribunais Militares estaduais.

Além da Corte Suprema e dos quatro Tribunais Superiores, temos quarenta e seis Tribunais federais de 2º grau e trinta e seis Tribunais estaduais de 2º grau. Temos, pois, um total de oitenta e dois Tribunais de 2º grau, federais e estaduais.

## 11. Ministros e Juízes de 2º grau: número

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores compõem-se assim: STF, 11 Ministros; STJ, 33 Ministros; TSE, 7 Ministros (3 do STF, 2 do STJ e 2 advogados); TST, 27 Ministros (17 togados e 10 classistas, representantes de empregados e empregadores); STM 15 Ministros (3 oficiais-generais da Marinha, 4 oficiais-generais do Exército, 3 oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e 5 civis, sendo 3 advogados e 2, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar). Ao todo, são oitenta e oito os Ministros (5 do TSE são do STF e do STJ; por isso, incluímos apenas dois para essa Corte).

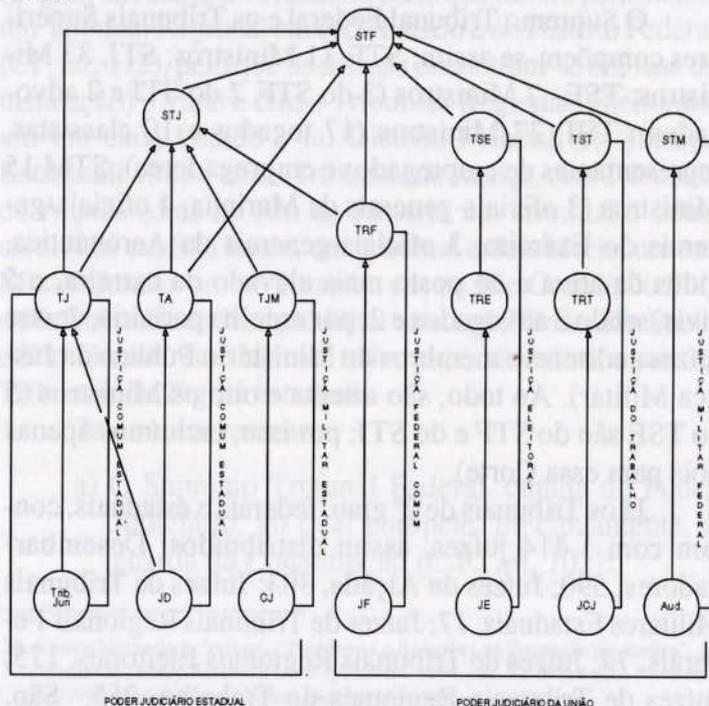
Já os Tribunais de 2º grau, federais e estaduais, contam com 1.414 juízes, assim distribuídos: Desembargadores, 590; Juízes de Alçada, 303; Juízes de Tribunais Militares Estaduais, 17; Juízes de Tribunais Regionais Federais, 74; Juízes de Tribunais Regionais Eleitorais, 175; Juízes de Tribunais Regionais do Trabalho, 255. São,

32. Carlos Mário da S. Velloso, "Problemas e Soluções na Prestação da Justiça", in "Temas de Direito Público", Del Rey Editora, 1994, pág. 52. O Trabalho foi escrito em 1991. Assim, alguns dados indicados precisam ser atualizados.

portanto, 910 os Juízes de Tribunais de 2º grau estaduais (Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada e Tribunais Militares) e 504 os juízes de Tribunais de 2º grau federais (Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais do Trabalho). Observe-se que os Tribunais Regionais Eleitorais compõem-se assim: 2 Desembargadores, 2 Juízes de Direito, 1 Juiz Federal e 2 advogados. A rigor, em termos de estatística, devem ser contados, para os Regionais Eleitorais, apenas 50 Juízes, vale dizer, os oriundos da classe dos advogados.

## 12. Organograma do Poder Judiciário brasileiro

É assim o organograma do Poder Judiciário brasileiro (Poder Judiciário da União e Poder Judiciário estadual):



STF:	Supremo Tribunal Federal
TRE:	Tribunal Regional Eleitoral
STJ:	Superior Tribunal de Justiça
TRT:	Tribunal Regional do Trabalho
TSE:	Tribunal Superior Eleitoral
JD:	Juiz de Direito
TST:	Tribunal Superior do Trabalho
JF:	Juiz Federal
STM:	Superior Tribunal Militar
CJ:	Conselho de Justiça
TJ:	Tribunal de Justiça
JE:	Justiça Eleitoral, Junta Eleitoral
TA:	Tribunal de Alçada
JCJ:	Junta de Conciliação e Julgamento
TJM:	Tribunal de Justiça Militar
Aud:	Auditoria Militar
TRF:	Tribunal Regional Federal

## 13. Órgãos jurisdicionais: Competências

Tentemos sintetizar as competências dos órgãos que integram a Justiça brasileira.

Começemos por dizer que há duas Justičas comuns, a Justiça Federal e a Justiça Estadual. A primeira, que se compõe dos Juízes Federais e dos Tribunais Regionais Federais (Constituição, artigos 106 a 110), compete, de regra, o julgamento das causas de interesse da União, de entidades autárquicas ou de empresas públicas federais (C.F., art. 109, I). A competência é determinada, portanto, em razão da pessoa – União, autarquias ou empresas públicas federais – tanto no cível quanto no crime. Registre-se, entretanto, que à Justiça Federal é conferida, também, competência em razão da matéria, como, por exemplo, os crimes políticos e as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (C.F., art. 109, III e IV). À Justiça

dos Estados-Membros compete julgar as causas não incluídas na competência da Justiça Federal comum (C.F., art. 109) e na competência das Justiças especiais federais – Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Militar. A regra de competência das Justiças especiais é esta: à Justiça do Trabalho compete julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, vale dizer: as questões trabalhistas oriundas da relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (C.F., art. 114). À Justiça Eleitoral compete o julgamento da matéria eleitoral, cumprindo-lhe preparar, administrar e apurar as eleições (C.F., art. 121). À Justiça Militar federal compete o julgamento dos crimes militares definidos em lei (C.F., art. 124). Ainda há, nos Estados-Membros, Justiça Militar Estadual, com competência para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei (C.F., art. 125, § § 3º e 4º). Essa Justiça tem, como órgão de 1º grau, os Conselhos de Justiça e, em segundo, o Tribunal de Justiça, cúpula da Justiça comum estadual, ou o Tribunal de Justiça Militar Estadual. Esses Tribunais Militares somente poderão ser instituídos nos Estados em que o efetivo da Polícia Militar seja superior a vinte mil integrantes (C.F., art. 125, § 3º). Presentemente, conforme vimos, apenas o Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, têm tais Tribunais. A organização da Justiça Estadual está prevista nos artigos 125 e 126 da Constituição.

#### 14. O Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário e Corte Constitucional

No trabalho que escrevi, “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”,<sup>33</sup> registrei que “a história do Supremo Tribunal Federal, do Supremo Tribunal

33 Carlos Mário da S. Velloso, “O S.T.F., Corte Constitucional”, ob. e loc. citis.

republicano, que a 28 de fevereiro de 1991 comemorou o seu centenário, confunde-se com a história da República e é a própria história do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil, esse mesmo controle de constitucionalidade que, segundo Mauro Cappelletti, neste século, principalmente após a Segunda Grande Guerra, passa por “magnífico florescimento”, sendo adotado em países que não o conheciam, e alargando-se e consolidando-se em Estados que já o praticavam.<sup>34</sup> Esse magnífico florescimento do controle de constitucionalidade tem causas, sobressaindo, dentre estas, registra Anna Cândida da Cunha Ferraz, forte em Cappelletti<sup>35</sup> e L. Favoreu,<sup>36</sup> o renascimento do “constitucionalismo”. Após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às experiências trágicas dos governos tirânicos e absolutos do antes-guerra, redescobre-se a noção de “Constituição” e, como decorrência, a necessidade de protegê-la e resguardá-la principalmente contra a ação dos poderes políticos.”<sup>37</sup> Os povos perceberam, na verdade, após sofrerem na carne os desmandos do autoritarismo estatal, que vale a pena redescobrir a Constituição, que vale a pena pugnar pela idéia de Constituição. Redescobriram que a Constituição é o breviário dos povos livres e que, por isso mesmo, é preciso defendê-la, é preciso imaginar mecanismos de defesa da Constituição. Por isso, o “magnífico florescimento” do controle de constitucionalidade, que ocorre a partir, principalmente, do 2º pós-guerra, tal como aponta Mauro Cappelletti.

34 Mauro Cappelletti, “O Controle Judicial da Constitucionalidade das leis no Direito Comparado”, Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, RS, 1984.

35 Mauro Cappelletti, ob. cit.

36 L. Favoreu, “Europe Occidentale”, em “Le Contrôle Juridictionnel des Lois”, Paris, Economica, 1986, pág. 17 e segs.

37 Anna Cândida da Cunha Ferraz, “Apontamentos sobre o Controle da Constitucionalidade”, em Revista da Proc. Geral do Estado de São Paulo, 34/27.

## 15. As Cortes Constitucionais européias e o STF como Corte Constitucional

Após a Primeira Grande Guerra surgem na Europa as Cortes Constitucionais. A primeira foi criada com a Constituição da Áustria de 1920, inspirada no gênio de Kelsen e que foi suprimida em 1938, com a ocupação alemã. A Constituição da Tchecoslováquia, de 1921, instituiu a Corte Constitucional, o mesmo ocorrendo com a Constituição da Espanha de 1931. Ambas tiveram, entretanto, duração efêmera.

Após a Segunda Grande Guerra, restaura-se, com a Lei Constitucional de 12 de outubro de 1945, a Corte Constitucional austríaca. A Constituição da Itália, que teve vigência a partir de 1º de janeiro de 1948, instituiu a Corte Constitucional italiana, que foi instalada em 1956. O Tribunal Constitucional Federal alemão foi criado pela Lei Fundamental de 1949. Chipre, em 1960, instituiu a sua Corte Constitucional, o mesmo ocorrendo com a Turquia, em 1961, a Iugoslávia, em 1963, a Tchecoslováquia, em 1968. Nos anos setenta e oitenta prosseguiu a expansão do controle jurisdicional na Europa: em 1975, foi a vez da Grécia; a Espanha, em 1978, criou o seu Tribunal Constitucional, também fazendo o Portugal, em 1982, e a Polônia, em 1986.

No Brasil, em 1977/1978, a Assembléia Nacional Constituinte debateu em profundidade o tema relacionado com as cortes constitucionais, com a defesa da Constituição, com o controle de constitucionalidade. A efetivação do ajuste da constituição formal à constituição substancial, real, fez parte das cogitações dos constituintes. Muitos propugnavam por uma corte constitucional segundo o modelo europeu. Prevaleceu, entretanto, no seio da Assembléia Constituinte, o bom senso. Não seria possível que fosse desprezada a experiência centenária de controle de constitucionalidade que vinha sendo praticado pelo

Supremo Tribunal Federal, que construiu, em termos de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, uma doutrina brasileira. O constituinte consagrou, então, o Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, estabelecendo competir-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição. É o Supremo Tribunal Federal, então, a partir de 1988, a Corte Constitucional do Brasil. Justamente para que pudesse o Supremo Tribunal Federal realizar a sua missão de Corte Constitucional, criou a Constituição de 1988 o Supremo Tribunal de Justiça, que passou a exercer a competência do Supremo Tribunal no que concerne ao contencioso de direito federal comum; vale dizer, ao tempo em que a Constituição confere ao Supremo Tribunal as galas de guardião maior da Constituição, ela deseja que o Superior Tribunal de Justiça seja o responsável pela integridade, pela autoridade e pela uniformidade de interpretação do direito federal comum. Aliás, para que isto ocorra, em toda a sua extensão, é preciso retirar do Supremo Tribunal e passar para o Superior Tribunal de Justiça certas competências que não condizem com a sua condição de Corte Constitucional, do que, mais na frente, falaremos.

## 16. As competências do STF: originária, recursal ordinária e extraordinária

Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição confere outras competências, além da competência maior de guardá-la e defendê-la. Segundo a Constituição de 1988, ao Supremo Tribunal são conferidas competências em três planos: em primeiro lugar, competências originárias; depois, competência recursal ordinária e, finalmente, competência recursal extraordinária. Nesta última, mediante o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal realiza o controle de constitucionalidade na sua forma difusa, já que, na ordem constitucional brasileira, são dois os tipos

de controle de constitucionalidade adotados: o difuso, conferido a qualquer juiz ou tribunal, e que chega ao Supremo Tribunal através do recurso extraordinário, e o concentrado, que o Supremo Tribunal realiza no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, de sua competência exclusiva". Com a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, compete ao Supremo Tribunal Federal, ademais, processar e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

### 17. O Superior Tribunal de Justiça

Registre, em trabalho que escrevi a respeito do Superior Tribunal de Justiça,<sup>38</sup> que a Constituição, ao tempo em que confere ao Supremo Tribunal Federal as galas de guardião maior da Constituição, quer que o Superior Tribunal de Justiça seja o responsável pela integridade, pela autoridade e pela uniformidade de interpretação do direito federal comum (C.F., art. 105, III, "a", "b" e "c").

Assim, abaixo do Supremo Tribunal Federal, que é a cúpula do Poder Judiciário brasileiro, por isso colocado no ápice da pirâmide judiciária nacional, situa-se o Superior Tribunal de Justiça, que assumiu competência antes conferida à Corte Suprema e ao extinto Tribunal Federal de Recursos.

O Superior Tribunal de Justiça tem competência originária, recursal ordinária e recursal especial (C.F., art. 105, I, alíneas "a" até "h", II, alíneas "a", "b" e "c", III, alíneas "a", "b" e "c"). Na competência especial, cabe-lhe o julgamento das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válida lei ou ato de governo

38 "O Superior Tribunal de Justiça – Competências Originária e Recursal", in "Recursos no Superior Tribunal de Justiça", Saraiva, 1991, pág. 3.

local contestado em face da lei federal, ou der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal (C.F., art. 105, III, "a", "b" e "c"). Registra Galeno Lacerda; "como quase todos os julgados aplicam lei federal, segue-se que, em princípio, poderá caber contra eles recurso especial." <sup>39</sup>

### 18. O S.T.F. e a jurisdição constitucional.

Reporto-me ao trabalho que escrevi a respeito do tema – "O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional", já citado – onde registre que a história do Supremo Tribunal Federal é a própria história do controle de constitucionalidade no Brasil. Vale recordar "que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição". É na jurisdição constitucional que a Corte Suprema realiza essa competência fundamental, substancial, essencial, precípua, como está no art. 102 da Constituição, jurisdição constitucional que foi ampliada pela Constituição de 1988.

A jurisdição constitucional compreende o controle de constitucionalidade, nos seus dois tipos, controle difuso e controle concentrado, e compreende, também, a jurisdição constitucional das liberdades, que se realiza, segundo Mauro Cappelletti, mediante a utilização dos remédios ou garantias constitucionais, o *habeas corpus*, o mandato de segurança, o *habeas data*, o mandato de injunção e a ação popular. No que concerne ao controle de constitucionalidade, repito, foi ele ampliado pela Constituição de 1988. O controle difuso surgiu no julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison*, de 1803, que revelou o gênio do Juiz Marshall, da Suprema Corte americana. O controle difuso foi instituído no Brasil pelo Decreto nº 848, de 1890, e ratificado pela

39 Galeno Lacerda, "O Juiz e a Justiça no Brasil", in Revista de Processo, 61/161.

Constituição de 1891. Já o controle concentrado começou a ser introduzido na ordem constitucional brasileira com a Constituição de 1934, que criou a ação direta interventiva, a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, “*único foro competente para julgá-la (...) por decisão da maioria absoluta de seus membros*”, com objeto restrito – a declaração de inconstitucionalidade era um *prius* para a intervenção – a decisão do STF produzia efeitos *erga omnes* sobre a lei ou ato estadual, considerados em tese, visto que a partir da decisão do STF, tais atos seriam “sustados” pelo Presidente da República e não mais produziriam efeitos”, registra Anna Cândida da Cunha Ferraz.<sup>40</sup>

A Constituição de 1934 estabeleceu, aliás, no campo da jurisdição constitucional, outras inovações: estabeleceu que os tribunais somente poderiam declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta dos seus membros e atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A Carta Política de 1937, como não poderia deixar de acontecer, trouxe retrocesso, já que ela simplesmente dava forma jurídica a uma ditadura.

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, inaugurou, no Brasil, o controle de constitucionalidade em abstrato, concentrado, ao instituir a ação direta genérica, da competência do Supremo Tribunal Federal e legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República. O objeto da ação consistia no controle em tese de lei ou ato normativo federal e estadual. Leciona Anna Cândida que “passa, assim, o STF a funcionar como “corte constitucional exclusiva” para o exercício do controle, “abstrato” ou em tese, de certos atos legislativos e normativos. Convivem,

40 Anna Cândida da Cunha Ferraz, ob. e loc. cit., pág. 27.

destarte, lado a lado, com temperamentos, embora, o controle “difuso” e o “concentrado”, ainda que sem uma Corte Constitucional específica.<sup>41</sup>

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, dispôs, ainda, que a lei poderia estabelecer processo de competência originária dos Tribunais de Justiça Estaduais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição Estadual.

A Constituição de 1967 não trouxe alteração. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, instituiu, no art. 15, § 3º, d, ação direta interventiva nos Tribunais de Justiça, *prius* da intervenção do Estado-Membro no Município.

A Constituição de 1988 ampliou a jurisdição constitucional, ampliando a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade: a Constituição legitimou, no art. 103, I a IX, um leque de autoridades, órgãos e até entidades privadas para a ação direta de inconstitucionalidade. E mais: criou a Constituição a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (art. 102, parágrafo único).

Na criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inspirou-se o constituinte brasileiro na Constituição portuguesa de 1976.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição depende de normatização infraconstitucional, vale dizer: deverá ser regulamentada pelo legislador ordinário, o que ainda não aconteceu.

A jurisdição constitucional das liberdades, em que o Supremo Tribunal Federal realiza o contencioso dos direitos fundamentais, também foi ampliada pela Constituição de 1988, que criou o mandado de segurança coletivo, o

41 Anna Cândida da Cunha Ferraz ob. e loc. cit., pág. 34.

mandado de injunção, o *habeas data*, e alargou o raio de proteção da ação popular, ao estabelecer que a protegerá, além do patrimônio público, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, também a moralidade administrativa, a moralidade administrativa que causa incômodos a muitos e à qual a jurisprudência administrativa francesa sempre emprestou a maior proteção.

## 19. Poder Judiciário: controle externo e controle de qualidade

Em conferência que proferi sobre o tema,<sup>42</sup> anotei que está na moda falar sobre o controle externo do Poder Judiciário. É que há como que uma crise geral das instituições. É natural que, nesse quadro, o Poder Judiciário também tenha os seus problemas. Aqueles que divergem de decisões do Judiciário, aproveitam-se, então, para sugerir o controle externo desse Poder, como se o controle externo fosse a vara de condão, a varinha mágica que daria solução aos problemas da Justiça brasileira. No trabalho mencionado procurei, entretanto, demonstrar que esse controle não seria compatível com o sistema presidencial de governo, em que há nítida separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ademais, o controle externo atentaria contra garantias de independência e de imparcialidade do Poder Judiciário, causando danos à cidadania, assim aos jurisdicionados. De outro lado, a doutrina dos freios e contrapesos, própria dos sistemas presidenciais de governo, e mais os mecanismos de fiscalização hoje existentes – o ingresso na carreira mediante concurso público, com a participação da O.A.B., a publicidade dos julgamentos e a obrigatoriedade de as decisões

42 Carlos Mário da S. Velloso, "Controle Externo do Poder Judiciário e Controle de Qualidade do Judiciário e da Magistratura", RDA 195/9; Rev. de Informação Legislativa, 121/13.

serem fundamentadas, a existência do "quinto" constitucional, com a participação, nos Tribunais, de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público, a estipulação dos orçamentos em conjunto com os demais Poderes, a fiscalização externa da gestão orçamentária pelos Tribunais de Contas, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais pelo chefe do Poder Executivo, depois de aprovada a escolha, pelo Senado Federal, dos indicados para o STF e para os Tribunais Superiores, o "impeachment" dos Ministros do Supremo Tribunal, pelo Senado, o amplo sistema de recursos previsto na Constituição e nas leis processuais, e a possibilidade de fiscalização da gestão patrimonial, orçamentária e administrativa pelos cidadãos, por entidades representativas da sociedade e pelo Ministério Público, mediante a propositura, por exemplo, de ações populares, ações civis públicas e ações diretas de inconstitucionalidade – demonstram que o Judiciário não é um Poder sem controle.

A nocividade do controle externo e a sua absoluta desnecessidade não afasta, entretanto, a possibilidade da implantação de um controle de qualidade do Judiciário e da Magistratura. Esse controle de qualidade impõe-se, dada a relevância que a Constituição de 1988, no rumo do constitucionalismo contemporâneo, confere ao Poder Judiciário. As novas constituições querem fazer do povo, que é o titular do poder, o principal fiscal do poder político, despertando e convocando as pessoas para o exercício da cidadania consciente, cidadania no seu sentido mais amplo. Essa fiscalização do poder político faz-se e far-se-á, cada vez mais, mediante a atuação do Poder Judiciário. Há quem sustente que o Século XXI será o Século do Poder Judiciário. Por isso, vale acentuar: impõe-se a implantação do controle de qualidade da Justiça e da magistratura.

Esse controle de qualidade seria exercido por um Conselho Superior instalado junto ao Supremo Tribunal Federal e integrado por quatro Ministros do Supremo Tribunal, por quatro representantes dos quatro Tribunais Superiores, STJ, TSE, STM e TST, por três desembargadores, por um Juiz representante dos Tribunais Regionais e Federais e um Juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho, mais um advogado, indicado, em lista tríplice, pelo Conselho Federal da O.A.B. e designado pelo Supremo Tribunal Federal, oficiando, perante o Conselho, o Procurador-Geral da República. O Conselho teria, dentre outras atribuições, a coordenação superior da Justiça brasileira, fiscalizaria o andamento dos serviços judiciários, propondo ao Congresso projetos de leis que tornassem mais ágil a prestação jurisdicional e que eliminassem práticas administrativas viciosas e velaria pelo exato comportamento de juízes e servidores da Justiça. O Conselho teria um Corregedor-Geral da Justiça, que seria o "investigador da Justiça", podendo requisitar juízes que o auxiliariam nas correções e investigações. O Corregedor-Geral seria o órgão executivo do Conselho Nacional da Magistratura.

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb.FA 19970152

Local P-01

Ch. 00000004 E

## O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

**Celso Antonio Pacheco Florillo**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado/Mestrado) da PUC / SP, Vice-Diretor da Faculdade de Direito da PUC/SP, Membro Titular da Academia Paulista de Direito, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, Advogado.

**Marcelo Abelha Rodrigues**

Professor Auxiliar de Ensino da Faculdade de Direito da PUC / SP, Professor da Faculdade de Direito de Vitória, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Mestre em Direito pela PUC / SP, Advogado.

**Rosa Maria Andrade Nery**

Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP., Chefe do Departamento VI (Direitos Difusos e Coletivos) da Faculdade de Direito da PUC/SP, Mestre em Direito pela PUC / SP, Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Princípios do Direito Ambiental; 3. Princípio da prevenção; 4. Os direitos coletivos e a nova ordem procedimental – a Jurisdição Civil Coletiva; 5. A cognição no processo; 6. Liminares na jurisdição civil coletiva; 7. Conclusão.

### 1. Introdução

Também denominado de direito das massas, direito metaindividual, transindividual e, *lege lata*, direitos difusos, segundo terminologia determinada pelo artigo 81, § único, I do CDC, o direito ambiental, ou ciência que cuida dos bens

e valores de natureza ambiental é irremediavelmente colocado como o direito do século XXI. Preferimos ir adiante e dizer que não se trata de um direito novel, muito menos contemporâneo, ou ainda, restrito a uma faixa temporal que se possa delimitar a sua incidência ou importância. Isto porque, o fato de sua importância só está sendo reconhecida a partir do terceiro quarto deste século, não lhe retira a idade e importância vital desde que existe vida em nosso planeta.

Assim, sob o indúvidoso manto de que os valores ambientais são íntima e simbioticamente correlacionados com a vida em todas as suas formas e, ainda mais, com a vida de qualidade, procuraremos tecer singelos comentários a respeito da tutela processual de tais valores, a partir dos parâmetros principiológicos constitucionais que constituem os rumos-norte do Direito Ambiental.

Como a proposta deste trabalho é ater-se à utilização das liminares em sede de direito ambiental, será inevitável a maior dissecação do princípio da prevenção e a sua relação com a tutela das probabilidades.

## 2. Princípios do direito ambiental

A independência Direito Ambiental como ciência não é um fim a ser alcançado, mas ao contrário, trata-se de uma realidade incontestável, à medida que a referida disciplina e ciência possuem os seus próprios princípios diretores<sup>1</sup>, insculpidos, inclusive, na carta constitucional.<sup>2</sup>

Assim, quando o texto maior, no seu artigo 225 diz que...

1 Para uma análise pormenorizada dos princípios norteadores do Direito Ambiental é mister a leitura de FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Direito Ambiental e Patrimônio Genético. Ed. Del Rey, Minas Gerais, 1996, *passim*; SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. Ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 36 e segs.; MACHADO, Paulo Afonso Leme. Estudos de Direito Ambiental. Ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 34 e segs.; ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Direito Ambiental. Ed. Renovar, 2ª ed., 1992, Rio de Janeiro, p. 75 e segs.; BENJAMIN, Antonio Herman V. "O princípio do poluidor pagador e a reparação, Ed.

"Todos têm direito a um 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."

§ 1º. Para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem essen-

RT, São Paulo, 1993, p. 226; MACHADO, Paulo Afonso Leme. "Princípios gerais do direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira", in *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, do dano ambiental, in *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, Ed. RT, São Paulo, 1993, p. 226; MACHADO, Paulo Afonso Leme. "Princípios gerais do direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira", in *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, Ed. RT, São Paulo, 1993, p. 395.; MADDALENA, Paolo. "Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales", in *Revista del Derecho Industrial*, ano 14, nº 41, may/ago 1992, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 356 e segs.; MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Editorial Comares, Granada, 1992, p. 205 e segs.; VIEYTEZ, Eduardo Javier Ruiz. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Ed. Ararteko, 1992, Bilbao, p. 33 e segs.; MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. Editorial Trivium, Madrid, 1995, p. 39 e segs.; PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Ed. Précis Dalloz, 2ª ed., Paris, 1991, p. 51 e segs.; ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. Ed. Dykinson, 3ª 1991, p. 345 e segs.; ROSEMBUJ, Tulio. *Los Tributos y la protección del Medio Ambiente*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p.09 e segs.; ROCA, Guillermo Escobar Roca. *La ordenación Constitucional del Medio Ambiente*. Ed. Dikinson, 1995., p. 15 e segs.; MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 32 e segs.; KISS, Alexandre Charles. *Droit International de L'Environnement*, Editions A. pedone, 1989, Paris, p. 349; Hoppe/Beckmann, *Umweltrecht*, p. 23; Kloepfer, *Umweltrecht*, p. 19, § 1º, 33.

2 O simples fato de o Direito Ambiental poder ser içado à categoria de ciência, portanto não mais um mero apêndice do Direito Administrativo, não lhe retira o caráter e identidade de ser uma disciplina nova, cujos lineamentos vêm sendo mais e mais evidenciados e descobertos. No mesmo sentido preleciona Eduardo Pigretti: "En nuestra infancia, cualquiera de nosotros podía identificar aguas cristalinas, azules intensos y limpios, flora y fauna abundantes o aun exuberantes, y otras delicias que hoy vemos reducidas a pequenñas áreas y regiones".

cialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

---

PIGRETTI, Eduardo. Derecho Ambiental, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 02. De acordo também Ernesto Briganti: "L'interesse per la tutela dell'ambiente é piuttosto recente, essendo legato allo sviluppo della società industriale ed all'inevitabile progressivo impoverimento delle risorse naturali". BRIGANTI, Ernesto. Danno Ambientale e Responsabilità Oggettiva", in Dano Ambientale e Tutela Giurídica, CEDAM, Padova, 1987, p. 75. Também de acordo se coloca Prieur: "Si en 1976 nous nous interroignons sur la place du droit de l'environnement, simple droit de regroupement sans espécifité on peut aujourd'hui considérer que le droit de l'environnement est devenu un droit adulte dont on recherche les traits particuliers. Étant par essence un droit de superposition à droits préexistants, son allure générale faite de strates sucessives, de règles techniques complexes, de double-emploi, de textes épars, n'est pas favorable à l'édification d'un ensemble cohérent ébouchant sur une branche nouvelle du droit", C.F., op. cit., p. 10; Também neste mesmo sentido, assevera acertadamente, Ruiz Vieitez quando diz que o direito ao meio ambiente é um direito recente, o que, todavia não elidiam de ser protegido anteriormente por via da tutela da higiene e saúde pública. São suas palavras: "En efecto, pese a tratarse el derecho al ambiente de un derecho reconocido con carácter reciente, la normativa de desarrollo del mismo incorpora también normas anteriores a la Constitución, cuyo objeto era la protección del entorno humano, y también puede aludirse a las normas tradicionales de protección de la higiene y salubridad publicas, como prehistoria del derecho ambiental". Ruiz Vieitez, Eduardo Javier. El Derecho al Ambiente como Derecho de Participación. Ed. Ararteko, Bilbao, 1992, p. 90..

§ 2º – Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º – A floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º – São indisponíveis as terras ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas."

...É exatamente porque podemos antever, em diversos pontos deste artigo, a presença dos *megaprincípios*<sup>3</sup> que norteiam o direito ambiental.

Na verdade, ocorre que com o advento da CF/88, a recepção da lei 6.938/81 em quase todos os seus aspectos pelo texto maior, e a criação de competências legislativas concorrentes (e inclui-se aí a competência complementar e suplementar dos Municípios) para as matérias pertinentes ao artigo 24 e incisos, deu-se prosseguimento à Política Nacional de Defesa Ambiental. Tal política vem explicitamente destacada no artigo 225 que usando da expres-

3 Expressão utilizada por Ramón Martín Mateo, catedrático da Universidade de Alicante, in Manual de Derecho Ambiental, op. cit., p. 39.

são *ecologicamente equilibrado*, pressupõe harmonia em todos os aspectos facetários que indelevelmente compõem o meio ambiente. Ora, neste ponto vale gizar que não foi despropositado o uso da palavra “política” pela lei 6.938/81, na medida que pressupõe a existência de princípios norteadores da referida Política Ambiental, mesmo porque, esta, juntamente com a economia e o Direito Ambiental, compõe o que os alemães denominam de “*proteção ambiental*” ou *Umweltrchutz*.<sup>4</sup>

Tais princípios, que são pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados Civilizados<sup>5</sup>, são internacionalmente adotados (fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada) e, indicam por assim dizer o caminho protetor das normas ambientais adequadas à realidade e valores culturais de cada Estado.

Percebe-se, pois a existência de princípios de *Política Nacional do Meio Ambiente* e princípios relativos a uma *Política Global do Meio Ambiente*. Tais princípios moldam a concepção fundamental e a política procedimental de racionalidade de proteção do meio ambiente<sup>6</sup>. Os princípios da *política global do meio ambiente*, inicialmente formados na Conferência de Estocolmo de 1972 e ampliados na ECO-92, são fundamentos genéricos e diretores aplicáveis à proteção do meio ambiente, enquanto que os princípios da *política nacional do meio ambiente* é o *enforcement* ou implementação destes princípios globais, adaptados à realidade cultural e social de cada país, sempre tendo por escopo final a defesa e proteção do meio ambiente, na acepção mais ampla que o vocabulário comporta. É, pois, um prolongamento e continuação dos princípios globais, na medida que os submete à realidade dos aspectos culturais brasileiros, exata-

4 Conforme Hopp/Beckmam. *Umweltrecht*, cit. p. 15, § 1º, 37 a 40.

5 Kloepfer, *Umweltrecht*, cit. p.8, § 1º, 12.

6 Hopp/Beckmam. *Umweltrecht*, p. 17, § 1º, 48.

para poder, sob pano de fundo, proteger o meio ambiente como um todo. Assim, segundo Kiss:

“*Entre as resoluções não obrigatórias e textos assimiláveis – notadamente aqueles que emanam de conferências internacionais – lugar especial deve ser dado às declarações de princípios. Essas diferem das resoluções diretivas, por não preverem ações precisas para serem empreendidas, fixando a linha geral que devem seguir os Estados a que elas se destinam. Dessa forma, sua influência sobre a formação das regras jurídicas pode ser importante*”.<sup>7</sup>

Insculpidos na Constituição Federal de 1988, no referido artigo 225 da CF/ 88, destacam-se os seguintes princípios da *política global do meio ambiente*<sup>8</sup>: a) princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (*caput* e parágrafo primeiro); b) princípio da prevenção e da precaução (*caput* e v.g., § 1º, inciso IV, com a exigência do EIA/RIMA); c) princípio da informação e da notificação ambiental (*caput* e § 1º, VI); d) princípio da educação ambiental (*caput* e § 1º, VI); e) princípio da participação (*caput*); f) princípio do poluidor pagador (§ 3º); g) princípios da responsabilidade da pessoa física e jurídica (§ 3º); h) princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional (§ 1º do artigo 225 combinado com as normas constitucionais sobre distribuição de competência legislativa); i) princípio da eliminação de modos de produção e consumo e da política demográfica adequada; j) princípio do desenvolvimento sustentado: direito intergerações<sup>9</sup> (*caput*).

7 KISS, Alexandre Charles. *Droit International de L'Environnement*, Editions A. Pedone, 1989, Paris, p. 349.

8 Presentes no documento da Rio-92 e citados por Paulo Afonso Leme Machado, *Estudos de Direito Ambiental*, p. 34 e segs.

9 Os princípios não foram isoladamente analisados, mas para uma análise detalhada de sua incidência na Constituição Federal e ubicação com o meio ambiente ver Fiorillo & Rodrigues, *Op. cit.*, *passim*.

Enfim, após a delimitação do nosso campo de atuação, qual seja, depois de deixar demonstrado que o direito ambiental é uma ciência própria e não uma mera ramificação do Direito Público<sup>10</sup> (até porque houve uma fratura na dicotomia Público/Privado<sup>11</sup> poderemos debruçar-nos na dissecação, ainda que breve, do princípio da prevenção no Direito Ambiental, com a finalidade de que, adiante, possamos, com tranqüilidade e segurança, analisar os instrumentos processuais constitucionais que sejam aptos à tutela deste *Direito* constitucionalmente garantido.

10 No mesmo sentido ver MATEO, Ramón Martín. Tratado de Derecho Ambiental, vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 84.

11 Sobre a quebra da dicotomia público/privado e a sua falência e o inverso e proporcional "surgimento" dos direitos difusos, assim se posicionam Erika Bechara & Marcelo A. Rodrigues: "Desde 1985, com o advento da lei 7.347/85, e, posteriormente com o surgimento da CF/88 e da Lei 8.078/90 (CDC) que podemos falar no tratamento, de lege lata, de uma terceira categoria de bens no nosso ordenamento jurídico: os bens difusos. Vejam, todavia, que não se está dizendo que estes bens só passaram a existir a partir desta época e também não se quer dizer que só a partir do surgimento da lei 7.347/85 é que tais bens puderam ser tutelados pelo ordenamento como um todo, vez que Barbosa Moreira ("A Ação Popular como Instrumento de Tutela dos Chamados Interesses Difusos", in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, *passim*), nos idos da década de 70, procurou deixar demonstrado que por um alargamento do conceito de patrimônio público contido na lei 4.717/65, esta poderia ser perfeitamente usada como forma de tutelar aquele tipo bem. Assim, o que podemos dizer é que foi, principalmente, a partir da segunda metade deste século, em decorrência do surgimento dos fenômenos de massa, quando se formou uma sociedade de igual nome, que os bens de natureza difusa passaram a ser objeto de uma maior preocupação do cientista, legislador e aplicador do direito. portanto, emergiram os denominados bens de natureza difusa, de modo inversamente proporcional à quebra da dicotomia público/privado, na medida que, conforme acentuou Mauro Cappelletti, entre o público e o privado criou-se um abismo preenchido pelos direitos metaindividuais. (CAPPELLETTI, Mauro. "Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil", in *Revista de Processo* nº 05, 1977, Ed. RT, São Paulo, p. 07 e segs). "Ação Popular Ambiental. Trabalho monográfico apresentado no curso de Mestrado em Direito Ambiental da PUC – SP, *passim*, ministrado pelo Prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo.

### 3. Princípio da prevenção

"Mieux prévenir que guérir".<sup>12</sup> "La evitación de la incidencia de riesgos es superior al remedio".<sup>13</sup> O modelo "reaja e corrija" deveria ser complementar de uma abordagem "preveja e previna".<sup>14</sup>

Em sede principiológica de Direito Ambiental, não há como escapar do preceito fundamental da *prevenção*. Esta é e deve ser a palavra de ordem, já que os danos ambientais, tecnicamente falando, são irreversíveis<sup>15</sup> e irreparáveis. Por exemplo, como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? E as gerações futuras que serão afetadas?; ou uma floresta milenar devastada que abriga milhares de ecossistemas diferentes, com cada um possuindo o seu essencial papel na natureza? Assim, diante da impotência do sistema e, face a impossibilidade lógico-jurídica de voltar a uma situação igual a que teria sido criada pela própria natureza, adota-se, com inteligência e absoluta necessidade, o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como verdadeira chave-mestra, pilar e sustentáculo da disciplina ambiental, dado o objetivo *fundamentalmente preventivo do Direito Ambiental*.<sup>16</sup>

Desde a Conferência de Estocolmo, em 1972<sup>17</sup>, que este princípio vem sendo içado à categoria de megaprincípio do Direito Ambiental. Assim ocorreu na Conferência de

12 PRIEUR, Michel. Op. cit., p. 59.

13 MATEO, Ramón Martín. Manual de derecho ambiental. p. 55.

14 MACHADO, Paulo Afonso Leme. "Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira", in *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 398.

15 PRIEUR, Michel. Op. cit., p. 730.

16 MATEO, Ramón Martín. Tratado de derecho ambiental, vol. I, Madrid, Editorial Trivium, 1991, p. 93.

17 "Este princípio se insere na maioria dos instrumentos jurídicos internacionais, e com especial atenção foi declarado no Primeiro Programa de Ação Comunitária em matéria ambiental, sendo de particular importância o primeiro princípio, assim como igualmente a Recomendação nº 70 do Plano de Ação adotado pela conferência de Estocolmo". ZSÓZON, Silvia Jaquenod de. Op. cit., p. 371.

Nairobi, no Tratado de Roma, no Fórum de Siena<sup>18</sup> e, posteriormente, na Rio-92.

Compartilhando com a vanguarda jurídica, bem se posicionou a nossa CF/88, quando expressamente adotou o princípio da prevenção, como fundamento do Direito Ambiental. Isso porque diz o artigo 225, *caput* da CF/88 que cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Ora, extrai-se daí, um significativo aspecto já denunciado por Canotilho & Vital Moreira<sup>19</sup>, que é o chamado efeito negativo resultante do referido dever de tutelar o meio ambiente. *“o direito ao ambiente é, desde logo, um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção, por parte do Estado e por parte de terceiros, de ações ambientalmente nocivas. E nessa dimensão negativa, o direito ao ambiente é seguramente um dos ‘direitos fundamentais de natureza análoga’ a que se refere o artigo 17º, sendo-lhe portanto aplicável o regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias. (...) Ao atribuir essa dupla dimensão ao meio ambiente (depois de explicitar a sua faceta positiva), este preceito reconhece e garante expressamente a dupla natureza implícita na generalidade dos chamados direitos sociais, simultaneamente direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados”*.

18 “Dividido em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção: primeiro: identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação e inventário das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; segundo: identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; terceiro: planeamento ambiental e económicos integrados; quarto: ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão; e quinto: estudo de impacto ambiental”. MACHADO, Paulo Afonso Leme. Op. cit., p. 398.

19 CANOTILHO, J.J. Gomes. & Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa anotada. p. 348.; no mesmo sentido Rehinder quando diz que o referido princípio deve “inibir ou limitar mais adiante da margem do perigo, a criação possível de danos ambientais.” REHBINDER, Eckard. “Los principios del derecho ambiental en la República Federal Alemana”, in Ambiente y Futuro, Buenos Aires, Fundación Manliba, 1987, p. 157.

Para prevenir e preservar o objeto do Direito Ambiental, é um mister, antes de tudo, a tomada de uma consciência ecológica, fruto, de um dos flancos de atuação do Direito Ambiental: a educação ambiental. É a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, como ainda estamos longe dessa realidade, somos obrigados a nos utilizar do aparato instrumental para complementar o referido princípio, explicitamente insculpido na CF/88. Dentre os instrumentos de tutela ambiental, os mais afetos ao princípio da prevenção são, sem dúvida: o EIA/RIMA<sup>20</sup>, o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas, etc.. Portanto, o denominado Fundo de Recuperação do Meio Ambiente, deve ser visto, senão como um mal necessário, pois a certeza de destinação de uma condenação para o referido fundo, é de que o princípio da prevenção do meio ambiente não foi respeitado.

Outra importante consideração a ser feita, em sede de efetivação da prevenção do dano ao meio ambiente, é o papel exercido pelo Estado em punir e, em punir corretamente o poluidor do meio ambiente, pois só assim, o arsenal e aparato legislativo – protetivos do meio ambiente é que poderão servir como estimulantes negativos contra a prática de agressões à natureza.

É, pois, resultado de uma legislação mais severa, com maiores benefícios às atividades que utilizem

20 Em que consistirão estes instrumentos preventivos de proteção e restauração do ambiente? (...) Descendo a um plano mais jurídico, especial referência merece a Avaliação de Impacto Ambiental e a Planificação Territorial, inobstante as clássicas atividades preventivas de polícia, centradas na inspeção por parte dos órgãos administrativos competentes e no submissão a prévia autorização ou licença das atividades potencialmente poluidoras (...). ZSÖGON, Silvia Jaquenod de. Op. cit., p. 226. Em outra passagem (p. 372) a autora é felicíssima na seguinte colocação: “A prevenção pretende antecipar-se aos efeitos negativos e assegurar a proteção, conservação e adequada gestão dos recursos”.

tecnologias limpas, com incentivos fiscais às atividades que atuam em parceria com o meio ambiente, que apliquem a incidência do poluidor-pagador impondo multas e sanções mais pesadas e levando em consideração o poder econômico do poluidor, juntamente com o seu benefício e lucro às custas da agressão ao meio ambiente, juntamente com o dano que é suportado pelo meio ambiente e pela coletividade em virtude do lucro do poluidor, sem esquecer que tudo isso sempre deve ser cumulado com a recuperação do meio ambiente *in natura*. Não se quer com isso, inviabilizar a atividade econômica, mas tão-somente, excluir do mercado aquele poluidor que ainda não entendeu que os recursos ambientais são escassos, que não são só dele (mas sim difuso) e que a sua utilização encontra o limite da utilização do próximo, tal qual determina o princípio da solidariedade do Direito Ambiental.

Sob o prisma da Administração, à medida que atua vinculada ou discricionariamente, com a função ambiental, ou seja, dentro da legalidade, cumprindo o seu papel de administração e guarda do Direito Ambiental, seja atuando positivamente ou negativamente na implementação dos princípios constitucionais de Direito Ambiental, por via das licenças, sanções administrativas, fiscalização, autorizações, etc..

A ótica do judiciário, o princípio em tela encontra aplicação efetiva, à proporção que leva em conta a aplicação apriorística da jurisdição civil coletiva<sup>21</sup>, a aplicação do princípio do real e efetivo acesso à justiça, o princípio da igualdade real, da paridade de armas, etc., enfim, o **juízo das probabilidades (liminares)**, tudo isso com vista a salvaguardar o meio ambiente e sua própria qualidade de vida.

#### 4. Os direitos coletivos e a nova ordem procedimental – A Jurisdição Civil Coletiva

Segundo o artigo 5º, XXXV, o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional, sempre que exercido o Direito Constitucional de ação pelos seus jurisdicionados. É, pois, princípio constitucional a *indeclinabilidade da jurisdição*, o que significa que, quando provocado, o judiciário está obrigado a dizer o direito. No processo, na atividade do magistrado, traduz-se na máxima *jura novit curia*. Por outro lado, ainda como garantia constitucional, coloca-se o *princípio devido processo legal*, que possui fundamental importância para um ordenamento jurídico como um todo<sup>22</sup>, mormente quando estamos diante do direito processual civil. Em face disso e com o advento da nova temática, originada pela criação/formação dos direitos difusos, consequência inevitável da *rebelião das massas*,

21 Ver a este respeito, com profundidade, a obra coletiva citada (Marcelo Abelha Rodrigues, Rosa Maria Andrade Nery, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. *passim*); ainda, ver dissertação de Mestrado em Direito Ambiental pela PUC de São Paulo, defendida em 1995 (ABELHA Rodrigues, Marcelo. Política urbana e mandado de segurança coletivo: o lixo urbano e a sua agressão aos valores ambientais"). A utilização do mandado de segurança coletivo como forma de tutela desses valores, *passim*.

22 Queremos dizer que o princípio constitucional do devido processo legal é a fonte mediata ou imediata dos princípios judiciais existentes dentro de um sistema jurídico como um todo. Mais profundamente ver Nelson Nery: "o princípio fundamental do processo civil que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*". in, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 25. Deste modo, em que pese opiniões contrárias, entendemos que o princípio do devido processo legal constitui-se na fonte primária dos princípios do direito processual civil, apesar de não estar atrelado apenas às normas de direito processual. Vale gizar que este princípio está bipartido, de modo que tanto se esgalha para aspectos processuais, como também para aspectos materiais. Cita-se como exemplo de sua atuação no direito público os princípios da legalidade (administrativo) e o princípio do contraditório (eminente judicial). Já no tocante ao direito privado, tem-se por exemplo a liberdade de contratar, de crença, etc. Consagra a nossa CF/88 este princípio, insculpido nas garantias fundamentais, no seu artigo 5º, LIV que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Assim, este princípio é por si só bastante para legitimar e legalizar a existência dos demais princípios processuais arrolados na CF, que deste são espécies. Tomemos por exemplo o direito de ação e defesa consagrado no inciso XXXV deste mesmo artigo. Desde quando a

como diz Ortega y Gasset<sup>23</sup>, ou da *luplicação dos direitos*, como diz Bobbio<sup>24</sup>, ou ainda da massificação social a que alude Cappelletti<sup>25</sup>, que escapam de qualquer definição do ortodoxo sistema público, em contraste com o privado, posto que situado num abismo entre estes, não há mais que se falar na possibilidade de usar o ortodoxo sistema liberal individualista do Código de Processo Civil e normas afins,

jurisdição trouxe para si o poder-dever de dizer o direito quando provocada, substituindo-se as partes, tornou-se garantia fundamental o acesso à justiça. Entretanto, como a jurisdição usa do processo como instrumento idôneo e adequado para que as partes exercitem o direito de ação, vê-se, que o direito a pleitear a tutela jurisdicional está contido no princípio do devido processo legal garantido a todos os cidadãos. "Em suma: a garantia constitucional de direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc..." (Humberto Theodoro Junior, "Princípios Gerais do Direito Processual Civil", in RePro 23/179). Nos parece que o grande equívoco de parte da doutrina que tratou desse princípio, reside na insistência em se manter o devido processo legal atrelado apenas ao aspecto processual (*procedural due process*) não lhe dando a amplitude e extensão que o princípio exige com relação aos aspectos substanciais (*substantive due process*). O devido processo legal, pelo que remonta as suas origens do sistema da *common law*, está genericamente caracterizado pelo trinômio vida – liberdade – propriedade e, do modo mais elástico possível este princípio deve ser interpretado, tal qual fá-lo a suprema corte americana (Para um estudo mais profundo sobre a Suprema Corte Americana e o seu papel naquele país, ver "A corte Suprema", in Aspectos do Direito Americano, Paul A. Freund, p. 62). "A este propósito, deve ser acentuado que a própria Constituição cria, especialmente, como direito positivo, certos princípios amplos de justiça moral. Assim, a Constituição estabelece que nenhuma pessoa pode ser privada de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo de lei – uma frase que significa para um americano o que a frase "Direito Natural" tem significado tradicionalmente, no sentido de igualdade, consistência, imparcialidade, justiça, bondade. Ainda, certas liberdades amplas, tais como liberdade da palavra e de religião, e certos direitos como o de julgamento imparcial, igualdade de proteção das leis, (...)" (Harold J. Berman, "Origens Filosóficas do Direito Americano", in Aspectos do Direito Americano, p. 175). "Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º, seriam absolutamente despididos. De todo o modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do artigo 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações" (Nelson Nery Júnior, Princípios do Processo na Constituição Federal, P. 37).

23 Ortega y Gasset, ob. cit., *passim*.

24 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, págs. 68-69.

25 CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. *passim*.

para dirimir os conflitos de massa<sup>26</sup>. Portanto, tratar-se-ia, por certo, se assim fosse, de uma hedionda forma de inconstitucionalidade na medida que impede o *acesso efetivo* à justiça e, fere, em todos os sentidos, o direito processual do devido processo legal. Isto porque, falar-se no devido processo legal em sede de direitos coletivos *lato sensu* é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC e LACP (L. 7.347/85). Assim, hoje, em sede de jurisdição civil, há a existência de dois sistemas de tutela processual: um destinado às lides individuais, cujo instrumento adequado e idôneo é o CPC e, um outro destinado à tutela coletiva, na exata acepção trazida pelo artigo 81, § único do CDC. Assim, quando se fizer uso de qualquer ação coletiva para defender direitos, valores ou interesses ambientais, enquanto, cada respectiva ação não possuir o seu próprio e específico aparato instrumental-procedimental, é condição *sine qua non* que se utilizem as regras de direito processual estabelecidas pela lei 7.347/85 em sua atuação conjunta com o CDC, dada a perfeita interação-integração entre ambos. Neste ponto merece menção a exposição de Nelson Nery Júnior:

"A tutela em juízo dos direitos difusos e coletivos do consumidor está regulada no CDC 81 a 104. A defesa judicial dos demais direitos e interesses difusos e coletivos se faz pelos mecanismos da LACP, aos quais se aplicam

26 "Tratar do processo no Código do Consumidor é tarefa de grande responsabilidade, pois na verdade, não se está diante de um assunto, contido no processo civil a que estamos habituados. Tem-se, isto sim, um tema cuja amplitude causa perplexidade, uma vez que, rigorosamente, está-se diante de um novo processo civil, de um outro processo civil, diferentemente daquele com que lidamos no dia-a-dia e que nos é familiar. Assim, só uma mentalidade de certo modo "conformada" com a necessidade de se abandonarem os padrões tradicionais do processo é capaz de ser receptiva e portanto, entender este novo processo, engendrado para regular uma outra faceta da realidade, que talvez possa ser eleita como a nota mais marcante das sociedades do nosso tempo". Teresa Arruda Alvim, "Noções Gerais sobre o Processo no Código do Consumidor", in Direito do Consumidor 10/248.

as disposições processuais do CDC (CDC art. 117, LACP art. 21), o que implica na observância dos conceitos legais de direitos difusos e coletivos do CDC 81 par. único I e II".<sup>27</sup>

Reafirmando o exposto prossegue o autor:

"O artigo 21 da LACP, nela introduzida pelo art. 117 do CDC, manda aplicar tanto a LACP quanto o CDC à defesa dos direitos e interesses difusos coletivos e individuais, no que for cabível. Enquanto não for editada a norma que regule o procedimento do Mandado de Segurança Coletivo, a essa ação podem ser aplicados os sistemas do CDC e da LACP (...). Parece-nos que a utilidade imediata desta aplicação é a incidência do sistema dos limites subjetivos da coisa julgada do CDC, que confere regimes distintos às pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas (art. 103 do CDC)".

Assim, por uma conclusão lógica, ou seja, exatamente pelo fato de que o bem ambiental é difuso, temos que toda ação coletiva destinada à tutela do meio ambiente, deverá receber tratamento direto e primário das normas procedimentais previstas na jurisdição civil coletiva (CDC + LACP) e, só de forma secundária deverão ser aplicados os demais diplomas<sup>28</sup>. No que diz respeito à ação popular aplica-se esta idéia, ou seja, quando se tratar de uma ação popular ambiental (que protege direito difuso) somente de modo subsidiário e naquilo que não contrariar o procedimento da *jurisdição civil coletiva*, é que a lei 4.717/65 deverá ser aplicada. Portanto, desde que respeitados os requisitos constitucionais de cabimento de cada remédio processual constitucional, o diploma processual a ser aplicado quando se tratar

27 NERY JÚNIOR, Nelson. & NERY, Rosa Maria Andrade. Ob. cit., p. 70.

28 Em sendo uma ação de natureza coletiva (ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, ação coletiva do CDC), que vise tutelar direitos coletivos *lato sensu*, então, a utilização apriorística da *jurisdição civil coletiva* torna-se um mister, sob pena de se ferir, como já foi dito, o princípio do devido processo legal.

de ação coletiva para a defesa do meio ambiente é o título III do CDC combinado com o que dispõe a LACP.<sup>29</sup>

## 5. A cognição no processo

O problema relacionado à cognição a ser desenvolvida em um processo, caminha de forma mais que simbiótica com aspectos relacionados com a sua efetividade. Com inteiro acerto já se manifestava Carpi:

"Non vi è dubbio che uno dei principali "leitmotiv" recorrenti nella storia del processo e nella sua evoluzione sia il problema dei rapporti fra l'aspirazione e meditazione della decisione, nello sforzo di evitare l'injustizia, e l'esigenza di rapidità nella conclusione del processo medesimo".<sup>30</sup>

Como bem disse Calamandrei, o processo é um mal<sup>31</sup> e, foi justamente com base nesta perda de efetividade da Jurisdição na entrega da tutela jurisdicional, qual seja, devido à demora da prestação da mesma, para que surgisse outro tipo de tutela que, distanciando-se daquela, procurava, com um máximo de urgência, dar um pronto atendimento jurisdicional aos jurisdicionados. Assim, já se falava na dicotomia segurança X efetividade, respectivamente, como derivação de *tutelas cognitivas exaurientes e tutelas cognitivas sumárias*.

29 No mesmo sentido ver Nery & Nery, ob. cit., p. 1.018.; GIDI, Antonio. Ob. cit., p. 77. Aliás, este autor, inclusive, denomina este sistema de Código de Processo Civil Coletivo, alertando para o fato de que em breve poderá ser confeccionado um Código com este desiderato; Arruda Alvim. Código do consumidor comentado. Ed. RT, 2ª ed., São Paulo, pp. 512-513.; no mesmo sentido admite Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação popular, p. 196.

30 CARPI, Frederico. La Provvisoria Esecutorietà della Sentenza. Milano, Giuffrè, 1979, p. 11.

31 "Toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento de justiça civil". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil, in Revista de Processo, São Paulo, vol. 31, jul/set, 1983, p. 199.

“Como facilmente se verifica da descrição dessas alternativas, nenhuma satisfaz plenamente os interesses dos litigantes, de modo que se pudesse dizer que uma delas seja isenta de inconvenientes. Se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico, a tutela da aparência, impondo aos julgados o dever de julgar somente depois de ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma delas fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter, no final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada num juízo de veracidade do mais alto grau que, no entanto, poderia ser inútil, sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado pelo autor vitorioso. (...) Embora caiba ao legislador basicamente fazer a opção entre as duas alternativas indicadas anteriormente, a tendência moderna orienta-se no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena.”<sup>32</sup>

Assim, apenas para introduzir o assunto referente à cognição no processo, fizemos estas brevíssimas considerações acerca da efetividade da entrega da tutela jurisdicional.

Em excelente obra, o professor Kazuo Watanabe<sup>33</sup> acabou por cuidar de modo mais pormenorizado do problema atinente à sistematização da cognição no processo civil. Por conta de seus ensinamentos, podemos, pois, dizer que a cognição é *prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer,*

32 SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil, Vol. III, Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 12.

33 WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil, São Paulo, Ed. RT, 1987, *passim*.

as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do “*judicium*”, do julgamento do objeto litigioso do processo. É, pois uma relação existente entre um sujeito (cognoscente) e um determinado objeto (cognoscível). Perpassa uma idéia de transitividade. Enfim, só é possível aquele relacionamento em face do fenômeno de cognição (conhecimento). Assim, esta poderá, *dependendo do grau de intensidade* (em relação a verticalidade), ou de *amplitude* (horizontal) assumir não somente diferentes denominações, mas, principalmente, obter como resultado imediato a sua prática, qual seja, o oferecimento mais efetivo ou menos seguro, ou vice-versa, da prestação da tutela jurisdicional.

Isto posto, teríamos, basicamente, dois planos de conhecimentos jurisdicionais: 1) a cognição horizontal, indelévelmente enraizada à extensão desse “relacionamento” entre cognoscente e cognoscível, dividindo-se em *plena e parcial*. Em contrapartida, temos: 2) a cognição vertical, intimamente ligada à profundidade e intensidade do relacionamento entre o juiz e o objeto litigioso. Esta se reclassifica em: *exauriente e sumária*.

Como para o nosso estudo apenas interessa a cognição vertical, é dela que cuidaremos. No tocante à *cognição vertical exauriente* podemos dizer que é a espécie onde o magistrado não sofre qualquer tipo de limitação no tocante à intensidade e à verticalidade do conhecimento (verticalidade).

Já na *cognição vertical sumária* ocorre um conhecimento, cujo grau de profundidade é menor em relação àquele. Na verdade a sua verticalidade coloca-se de forma contida. É a cognição própria dos juízos de probabilidade. Está intimamente ligada à tutela cautelar e à tutela antecipatória do direito, ou, em outras palavras, às próprias liminares. Podemos dizer que existem níveis diferentes de sumariedade, já que ora

poderá estar ligada à existência de prova inequívoca para convencimento da verossimilhança da alegação, ou ainda, como nos casos do mandado de segurança coletivo ambiental (art. 83, § 3º e art. 12 da LACP) diria respeito à existência de uma afirmação de direito, cujos fatos que o embasam possam ser de planos comprovados.

Assim, vale dizer, neste ponto, que uma coisa é a cognição das liminares (que podem estar, inclusive no processo de conhecimento, cuja cognição é exauriente) e outra coisa é a cognição da própria ação considerada em si mesma. Por exemplo, com a reforma do CPC, no seu artigo 273, temos: quando reclamada a antecipação dos efeitos da tutela com base no referido artigo, apenas, nesse momento de cognição para a concessão, ou não, da liminar, é que se tratará de cognição sumária. Há que se analisar os aspectos da cognição sob os diferentes ângulos de prestação da tutela jurisdicional. Se por sentença onde todo o procedimento foi esgotado, com amplo contraditório e instrução probatória, será caso de cognição exauriente. Se, todavia, tratar-se de prestação da tutela, por via de liminar, é porque, inofismavelmente, tratar-se-á de cognição sumária.

Em face do exposto, podemos dizer que existem diferentes graus de cognição no juízo das probabilidades, que podem ser isolados, segundo alguns aspectos:

- a) a finalidade assecuratória (liminar cautelar) ou satisfativa (antecipatória do direito) da liminar pleiteada;
- b) o grau de conhecimento vertical do magistrado, a partir do que deve ser demonstrado pelo legitimado que pleiteia a tutela urgente:

– *fumus boni juris et periculum in mora* (toda liminar cautelar e liminar antecipatória do direito prevista para as ações de conhecimento das obrigações de fazer e não fazer com base no dispositivo 461 do CPC e 84, § 3º do CDC);

– *prova inequívoca da verossimilhança da alegação cumulado com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;*<sup>34</sup>

– *prova inequívoca da verossimilhança da alegação cumulado com a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu:*

– *prova pré-constituída do direito líquido e certo da ação de mandado de segurança;*<sup>35</sup>

34 Na verdade, pensamos que em sede de ação coletiva ambiental, não será possível a utilização deste dispositivo, ainda que o artigo 90 do CDC permita a aplicação subsidiária do CPC naquilo que for possível e compatível, posto que careceria de interesse o pedido de liminar com base no 273, I do CPC, já que por meio mais fácil (um grau de cognição mais brando) seria possível a obtenção da tutela liminar satisfativa, provando-se apenas o *fumus* e o *periculum*, como deixa claro o artigo 12 da LACP, aplicável a todas as ações que se utilizam da jurisdição civil coletiva.

35 Quando se alude à expressão “proteção de direito líquido e certo”, não se está, obviamente, aludindo à existência, de plano, de direito líquido e certo, mas sim, fazendo menção à existência de um momento sumário de cognição do juiz, qual seja, o da possibilidade de concessão de liminar. “Interpretadas ao pé da letra, estas expressões, só raríssimas questões ensejariam o cabimento do Mandado de Segurança, o que faria com que os objetos e a razão de ser do instituto fossem relegados à categoria de preocupações irrelevantes. Do ponto de vista processual, também, pode afirmar-se que toda teoria da moderna processualística gira em torno da idéia do direito “abstrato” da ação, ou seja, não se sabe, no início de qualquer processo, quem tem razão, do lado de quem está o direito. Exigir-se que se tenha o direito quando se propõe a ação, seria, em primeiro lugar, tornar o processo desnecessário (pois liminarmente, já se saberia de que lado estaria a lei) e, em segundo lugar, criar inadmissível superposição de juízos de mérito e de admissibilidade: não haveria mandados de segurança julgados improcedentes! “WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandado de Segurança, Medida Cautelar e Ato Judicial, p. 19.; E prossegue a autora: “Como já dissemos, acreditamos que, quando se pensa no juízo de admissibilidade do mandado de segurança, a expressão direito líquido e certo significa direito (incidência do direito = fato + norma) provável de plano, documentalente. Admitir o mandado de segurança não leva necessariamente à sua procedência, pois pode haver contraprova, e o direito líquido e certo, embora provado documentalente é, nesta fase, ainda contestável. No entanto, quando se pensa na concessão da medida, dá-se a constatação no sentido de que o direito é de fato incontestável, insuscetível de dúvida”. Idem, ibidem., p. 22.; Que todos temos direito líquido e certo a um meio ambiente nos moldes estabelecidos pela CF/88 e lei 6.938/81 não nos resta a menor dúvida. Entretanto, quando se exerce o direito de ação de mandado de segurança ambiental, o que queremos é que fique provado que a nossa afirmação, nascida de uma dada situação fática, provada de plano com liquidez e certeza, possa subsumir-se ao direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, abstratamente considerado. Dissemos abstratamente não no sentido material, mas, sim, no sentido processual, qual seja, na necessidade de que o fato que embasa a minha afirmação de direito, possa encaixar-se na norma “abstratamente considerada”. Por fim, vê-se que a liquidez e a certeza do direito ligam-se não só a uma cognição sumária oriunda da concessão ou não de uma liminar (que é conatural ao *mandamus*), como também no sentido de relacionarem-se com a incidência do fato em relação à norma que se afirma, em juízo, se tratar de um direito.

– *periculum in mora et fumus boni juris* para ação coletiva ambiental com base no artigo 12 da lei de Ação Civil Pública;

– *as liminares concedidas nos procedimentos especiais do CPC, com exigência de elementos específicos de comprovação de plano para a tutela sumária do magistrado, como por exemplo nas ações possessórias, em que se exige somente a prova da posse e seu tempo para o caso de força nova, independentemente de perigo da demora.*

## 6. Liminares na Jurisdição Civil Coletiva

As ações coletivas, ajuizadas com fundamento na LACP e no CDC, sujeitam-se às regras procedimentais previstas nessas leis, aplicando-se o sistema do Código de Processo Civil quando houver lacuna ou omissão. Assim, as ações de conhecimento poderão ser processadas pelo rito comum (ordinário ou sumário), observadas as particularidades processuais da LACP e do CDC.<sup>36</sup>

Na verdade, nem precisaria do artigo 90 do CDC para justificar a hipótese de aplicação subsidiária do CPC às ações coletivas processadas com base na LACP e CDC, vez que o CPC é norma fundamental de Direito Processual

36 Ao comentar sobre a possibilidade de utilização do rito comum, Édis Milaré (“Tutela jurídica civil do meio ambiente”, in *Direito ambiental*, nº 0, Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 65) menciona sobre a hipótese de concessão de “*medida cautelar satisfatória*, ou seja, aquela não condicionada à propositura de qualquer ação principal ulterior”. *Data venia*, discordamos, inexoravelmente, da expressão utilizada pelo citado autor, ainda que o tenha sido de modo pejorativo, vez que, mormente após o surgimento do art. 273 do CPC, que trouxe a possibilidade de concessão liminar da tutela ou seus efeitos e, portanto, não há mais a necessidade de utilização do rito cautelar para este tipo de tutela, torna-se um equívoco, verdadeira *contradictio in terminis*, a denominação *cautelar satisfativa*. Neste sentido diz Nelson Nery Júnior: “(...) Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas *cautelares satisfativas*, que constituem em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar. NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*, Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 51.

Civil no nosso ordenamento, de forma que sempre é fonte subsidiária de diplomas processuais específicos naquilo em que não os contrarie. De outra parte, é também aplicável às ações coletivas ambientais, o sistema processual do CDC, por expressa determinação do artigo 21 da LACP. A recíproca é verdadeira, sendo aplicáveis as normas processuais da LACP às ações processuais com base no CDC (art. 117).

A consequência dessa perfeita interação entre os vários sistemas processuais reguladores da tutela, em juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é que se admite a cumulação, na petição inicial da ação ambiental, de pedido de mandado liminar, conforme autoriza o artigo 12, *caput*, da LACP. Para a apreciação do pedido liminar, há necessidade de ouvir-se previamente a pessoa jurídica de direito público interessada, que se pronunciará em 72 (setenta e duas) horas, conforme determinado pelo art. 2º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992.<sup>37</sup>

Caso não haja manifestação no prazo legal de setenta e duas horas ou a urgência recomende decisão imediata, poderá o juiz conceder a liminar *inaudita altera parte*.

Os co-legitimando do artigo 5º da LACP poderão ajuizar qualquer ação objetivando proteção aos direitos previstos nesta lei, cumulando na petição inicial pedido de concessão de mandado liminar, que será concedido, se presentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

A decisão sobre a liminar, por ser interlocutória, pode ser impugnada pelo recurso de agravo.

37 Com o advento da Lei nº 8.437/92, restou superada a decisão jurisprudencial que entendeu dispensável a ouvida da pessoa jurídica de direito público interessada: TJSP, Pág. 107829 – 1, 107845 – 1, 2ª Cãm., rel. Des. Fortes Barbosa, j. 6.6.1989, v.u.

Dentro do sistema da Jurisdição Civil Coletiva (LACP + CDC), para as ações coletivas destinadas à defesa de direitos coletivos *lato sensu* é possível a concessão, tanto de liminar cautelar, quanto antecipatória do mérito. Chegamos a esta insofismática conclusão, pelos diversos mecanismos postos à disposição dos jurisdicionados. no artigo 12 da LACP temos a regra geral para a concessão da liminar antecipatória do direito, onde se faz mister o preenchimento dos requisitos do *periculum in mora et fumus boni juris*.<sup>38/39</sup> Também, configura-se como liminar antecipatória do direito, aquela prevista no artigo 84, § 3º do CDC (ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer), possuindo como requisitos os mesmos mencionados no artigo 12 da LACP. Também há a possibilidade de concessão de liminar antecipatória do direito no sistema da Jurisdição Civil Coletiva, tendo por base o artigo 273 do CPC. Entretanto, como no inciso I do artigo 273 do CPC o grau de cognição para convencimento do juiz (*provas inequívocas para que se convença da verossimilhança da alegação*) é mais vertical que o previsto no sistema da Jurisdição Civil Coletiva, sendo, mais dificultoso para o requerente convencer o magistrado a conceder a medida.

38 Veja que não é o fato de se exigir como requisitos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* que irá caracterizar uma liminar como cautelar ou antecipatória do mérito. Esses requisitos são apenas graus de cognição sumária do magistrado, vez que o traço distintivo entre uma e outra é, no primeiro caso, apenas para se cuidar de assegurar o fim útil de um processo principal (execução ou conhecimento). Já no segundo caso, é o próprio pedido, mérito da lide que é provisoriamente antecipado. Neste ponto, é importante lembrar que, no mandado de segurança (individual ou coletivo), em decorrência do mister Constitucional que alude a *direito líquido e certo*, temos que para a concessão de liminar antecipatória do direito nessas ações mandamentais, é necessário que se comprove, de plano, a liquidez e certeza do fato garantidor do direito violado. Neste ponto, vê-se que nessas ações, o grau de cognição para a concessão de liminar, supera, em verticalidade, as que foram estudadas, exigindo daquele que pleiteia a segurança, uma motivação mais profunda e completa do direito que deseja ser antecipado. (Sobre o tema ver o item 4, do capítulo II, 2ª parte deste trabalho, no específico tópico do mandado de segurança coletivo ambiental).

39 No mesmo sentido ver Nery & Nery, ob. cit., p. 1.037

Então, somente com base no inciso II deste mesmo artigo, (*fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*), é que será possível a concessão da liminar antecipatória do mérito.

Já com relação à liminar cautelar, podemos citar o próprio artigo 84, § 5º, onde, exemplificadamente, estão arroladas diversas medidas cautelares cabíveis a serem tomadas pelo magistrado. Ainda, o próprio artigo 5º da LACP, onde está prevista a utilização da ação de natureza cautelar e, ainda, de forma genérica, no próprio artigo 83 do CDC que prevê a possibilidade de utilização de qualquer ação destinada a tutelar os direitos salvaguardados pelo Código.

## 7. Conclusão

Assim, após a análise acima, concluímos: para que se efetive a tutela material ambiental e, mormente, com a aplicação ampla e irrestrita do *princípio da prevenção* do dano ambiental, não basta simplesmente que se utilize de ações coletivas ambientais, mas sim que se utilize aprioristicamente do procedimento jurisdicional coletivo e, por conseguinte da tutela urgente disponível, refletida no juízo das probabilidades ou tutela das liminares. Isto porque, é por via da liminar, assecuratória ou satisfativa, que se alcançará, ainda que provisoriamente, a certeza de que o processo não será um mal maior do que já se constitui, na medida que a demora da entrega da tutela jurisdicional não se constituirá um mal maior ou mais nefasto que a própria caracterização do dano ao meio ambiente. Por isso, urge como regra necessária e política, a utilização cada vez maior da tutela liminar em sede de proteção efetiva de direitos difusos como um todo.

# LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA

Cristiane Gouveia de Barros

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Juíza de Direito da 2ª Entrância do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

## SUMÁRIO

Capítulo I A legalidade como relação entre fato de conduta e norma de direito positivo. Seção I O que se entende por fato de conduta e norma de direito positivo. 1 O fato de conduta. 2. Normas jurídicas de direito positivo. Seção II A estrutura formal da legalidade. 3. A legalidade como relação. 4. O vínculo da relação de legalidade Capítulo II Critérios determinativos da legalidade (categorias deontológicas). Seção I Categorias deontológicas – criteriologia da legalidade. 5. Categorias deontológicas. 6. Categoriologia da legalidade. 7. A natureza dos critérios que fixam a legalidade. Seção II Os valores para os critérios que fixam a legalidade. 8. Os valores 9. Valores na estrutura lógico-formal. Capítulo III A legitimidade como relação axiológica entre o fato de conduta, a norma de direito positivo e a norma ideal. Seção I Noção de norma ideal. 10. Norma ideal Seção II Direito Natural, ideologia e a ordem jurídica ideal. 11. Direito natural. 12. Ideologia e ordem jurídica ideal. Seção III Os valores. Seção IV A relação entre fato de conduta, norma de direito positivo e a norma ideal. 14. A segunda fase da relação de legitimidade. 15. A primeira fase da relação de legitimidade. Capítulo IV Critérios determinativos acerca da legitimidade. Seção I Critérios valorativos através da fixação de padrões. 16. Critérios valorativos. Seção II A natureza extra-sistêmica dos critérios determinativos da legitimidade. 17. Extra-sistematicidade. Seção III Critérios da legitimidade em Kelsen e Luhmann. 18. Critérios da legitimidade em Kelsen. 19. Critério de Legitimidade em Luhmann. 20. Monistas. Capítulo V Legalidade sem legitimidade, legitimidade sem legalidade. Seção I Legalidade sem legitimidade. 21. Legalidade: resultado da positivação. Seção II Legitimidade sem legalidade. 22. Legitimidade: tendência a positivação. Seção III O que há de comum entre a legalidade e a legitimidade. 23. Coincidência vinculativa. Seção IV A desejada harmonia entre a ordem jurídica positiva e a ordem jurídica ideal. 24. Harmonia relativa. Bibliografia.

## Capítulo I

### A legalidade como relação entre fato de conduta e norma de direito positivo.

#### Seção I

O que se entende por fato de conduta e norma de direito positivo.

#### 1. O fato de conduta

Cumpre, inicialmente, deixar claro o que se compreende na expressão “fato de conduta”, aqui adotada. A conduta ou comportamento humano faz parte do mundo jurídico, este contém uma infinidade de fatos que podemos distinguir em geral da seguinte maneira:

1. Fatos que independem da vontade humana ou eventos. Exs: nascimento com vida, idade, moléstia, morte;

2. Fatos que dependem da vontade humana ou voluntários. Exs: construções, plantações, adoção, etc.<sup>1</sup>. O fato de conduta está contido na segunda categoria e em si os da primeira categoria não estão inclusos como fato de conduta, a não ser de forma indireta, pois o evento que independe da vontade humana (fato natural) insere-se no campo da legalidade, desde que hajam condutas a ele ligadas. Ex: morte suspeita – suspeita-se de homicídio (indícios), a conduta ilegal é **matar alguém**. A morte em si independe da vontade humana, porém, quando se suspeita que tenha sido provocada por ela (vontade humana) passa a interessar ao direito, na qualidade de ato ilícito. Temos a conduta (matar alguém) que é tomada pelo sistema jurídico positivo para se caracterizar como ilegal, mas na realidade na base está a conduta, portanto, exclui-se da expressão “fato de conduta” o fato natural em si.

1 V. RÁO, Vicente, Ato Jurídico, págs. 20 a 32.

O fato de conduta abrange ainda a conjunção de condutas num enlace de fatos de conduta que é a relação entre sujeitos de conduta. Na maioria das vezes, para não dizer sempre, o fato de conduta humana é relevante para o direito. Temos, então, que o fato de conduta consiste na atuação de seres humanos no que ela tem de intersubjetiva, ou seja, no fato de conduta é considerado o comportamento intersubjetivo dos seres humanos, na implicação da conduta do sujeito em seu relacionamento com outros sujeitos, na sua coexistência. O fato de conduta manifesta-se exteriormente sempre, não se cogita aqui dos fatos internos (pensamentos) impossíveis de serem regrados pelo direito. Essa manifestação exterior se traduz em duas maneiras: a ação e a omissão. A ação consiste no fazer, a omissão em não fazer. A expressão “fato de conduta” compreende a ação ou omissão humana, bem como o plexo dessas relações ou omissões interligadas de sujeitos diversos (relações) na sua influência intersubjetiva.

O fato de conduta compreende um segmento do universo jurídico, pois este é constituído de fatos naturais, de fatos de conduta e de relações. Os eventos naturais (produzidos por forças da natureza) não são considerados fatos de conduta, apesar de efeitos jurídicos deles advirem, por força de normas de direito positivo, mas com o fato natural em si não se cogita da legalidade ou ilegalidade, pois um evento natural não pode ser legal ou ilegal, legítimo ou ilegítimo, mas apenas relevante ou irrelevante, perante as normas de direito positivo<sup>2</sup>. Quando a norma descreve um fato natural<sup>3</sup> revela o aparecimento no sistema de direito positivo de enunciados que apenas descrevem fatos, sem prescrever nesses enuncia-

2 VILANOVA, L., Causalidade e Relação no Direito, em nota número 3 apresentada na pág. 92, em comentário à pág. 79, afirma que os modos deonticos (normativos) só incidem sobre fatos de conduta, mediata ou imediatamente.

3 Cfr. idem, pág. 74

dos, ditos apofânticos<sup>4</sup>, quanto a estes não há que se falar em legalidade, mas sim em operacionalidade<sup>5</sup>.

Quando se ventila a legalidade, ou relação de legalidade, abrangem-se os fatos de conduta, que pressupõem a existência de sujeitos de conduta que são os portadores da conduta, aqueles que a praticam são pessoas físicas, jurídicas, órgãos, e demais entidades coletivas reconhecidas pelo sistema de direito positivo.

## 2. Normas jurídicas de direito positivo

A palavra “norma” é adotada no sentido de proposição normativa<sup>6</sup> que visa a exercer controle sobre o fático e que tem uma certa mundividência<sup>7</sup>, cujo conjunto constitui o direito visto como sistema de normas diretivas da conduta humana<sup>8</sup>. O sistema de direito positivo abrange normas diretivas da conduta humana que têm vigência num determinado tempo e espaço, é direito posto. É importante observar que não nos referimos a normas de um específico sistema de direito positivo, mas consideramos qualquer sistema de direito positivo. As normas de direito positivo manifestam-se sob várias formas, por conseguinte, teremos como normas de direito positivo, a Constituição (Poder Constituinte) e toda a produção legislativa (Poder Constituído), tais como emendas constitucionais, lei complementar à Constituição, leis ordinárias, delegadas, decretos, decretos-lei, decretos legislativos, etc.; regras costumeiras (direito não-escrito), atos administrativos, sentenças e acórdãos (jurisprudência) e o negócio jurídico<sup>9</sup>.

4 Sinônimo: descritivos.

5 Operacionalidade no sentido de ter um correspondente empírico, ser viável, possível.

6 Ver VILANOVA, L., Lógica Jurídica, sentido de proposição deontica, págs. 137 a 140.

7 Mundividência – visão do mundo fático.

8 Ver VILANOVA, L., Causalidade e Relação no Direito, pág. 75.

9 O contrato é lei entre as partes- princípio da força obrigatória dos contratos.

## Secção II

### A estrutura formal da legalidade

#### 3. A legalidade como relação

A legalidade pode ser reduzida, num alto grau abstracional, a categoria de relação, como demonstra o jurista Lourival Vilanova: “A um certo nível de abstração, o que não despreza a base empírica dos fatos, alcançamos as relações como relações em-si-mesmas, desprendidas de suas vinculações a este ou àquele setor de objetos. As relações físicas, biológicas, sociais, são postas entre parênteses, no que têm de específicas e, então, retemos as relações como tais, i. e., as relações como relações. Mas, justamente porque alcançamos o nível abstrato, o que sabemos aplica-se ao nível concreto. A relação jurídica, p. ex., ostenta suas características próprias, que a relação meramente sociológica, ou meramente política, ou ainda mais, que as relações físicas, não apresentam. Mas, àquela *minimum*, que é estrutura formal de qualquer relação, as relações jurídicas não desmentem, confirmam-no. A concrecência que os fatos do mundo, juridicamente relevantes, lhes específica, ocorre numa órbita de possibilidades demarcadas pelas estruturas formais”<sup>10</sup>. Com isso veremos deixar ver que a relação é uma estrutura formal, destituída de conteúdo específico ou determinado, a legalidade engaja-se nessa estrutura que foi denominada *relação*, mas apesar disso não nega o seu baseamento mundividencial.

Compõe-se a *relação* de um termo antecedente ou referente<sup>11</sup> e de um termo conseqüente ou relato<sup>12</sup> e de um operador relacionante, que são os functores

deônticos<sup>13</sup>, melhor seria no caso da relação de legalidade chamar o operador relacionante de **adequador** deôntico.

A relação de legalidade se estabelece entre os dois termos da estrutura formal e o operador, não como causalidade normativa<sup>14</sup>, mas mantendo o mínimo da estrutura relacional. Não se estabelece uma relação de função, que se dá, como bem mostra o jurista Lourival Vilanova, entre o pressuposto fático e a conseqüência jurídica<sup>15</sup>, porém, existe àquele mínimo estrutural, o vínculo que se dá é que difere. Na relação de legalidade, ele não é causal.

#### 4. O vínculo da relação de legalidade

Na relação de legalidade esse vínculo não é função, mas adequação. A não-contrariedade do mandamento normativo(dever-ser) pelo fato de conduta é que caracteriza a legalidade, quando se dá a conatrriedade, temos a ilegalidade. Portanto, a legalidade não foge a *estrutura formal relacional*, mas, vem confirmá-la, porém, o vínculo que se verifica é de adequação, conformidade, não-contrariedade. Esse vínculo de adequação se traduz na realização pelo fato de conduta da ordem ou comando contido na norma de direito positivo (categoria deôntica) conformando-se, adequando-se ou cumprindo o comando, pois ele pode não se adequar, ser contrário ao comando<sup>16</sup>.

13 O functor “dever-ser” é operador diferencial de linguagem das proposições normativas, assim o considera o jurista Vilanova, em “As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo”, págs. 29/30, porém, ele está a analisar a estrutura da proposição normativa que é interna à norma, não é tomado aqui neste sentido, mas como um functor deôntico extranorma, ou melhor que se projeta para uma relação fora da norma, na relação “fato de conduta- Norma de Direito Positivo” para diferenciá-la, chamá-lo-emos de *adequador deôntico*. A função de operador relacionante é desempenhada pelo verbo que acompanha o modal genérico (obrigatório/proibido/permitido) e a partícula negativa.

14 VILANOVA, L., Causalidade e Relação no Direito, pág. 82.

15 Idem ao número 14, pág. 90 e SCHEREIER, F., Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho, pág. 94.

16 Ver KELSEN, H., Teoria Pura do Direito, pág. 298 in fine.

10 In Causalidade e Relação no Direito, pág. 80.

11 Expressões usadas pelo jurista Lourival Vilanova, em Causalidade e Relação no Direito, pág. 79.

12 Idem ao número 11.

A relação não é de causalidade jurídica, porque o fato de conduta e a norma (categoria deôntica) não são vistos como hipótese e consequência, com partes da proposição jurídica. Logo, o que ocorre quando se dá a relação de legalidade é o cumprimento do mandamento normativo. Não é causalidade, porque o fato de conduta pode ser contrário ao comando normativo, gerando ilegalidade, portanto, não havendo a função entre meio e fim, porque na realização do comando da norma (categoria deôntica) que é o caso do seu descumprimento, levando ao ilegal, porque o fato de conduta realizado não implica necessariamente a obediência à norma, ou seja, o fato de conduta pode ser realizado indo de encontro ao comando normativo ou a norma, resultando em ilegalidade que enseja uma outra relação, que é a do fato de conduta contrário à norma de direito positivo, resultando à aplicação de uma sanção, para que se restaure a legalidade. A restauração da legalidade, através da aplicação da sanção ao sujeito que realizou o fato de conduta, não transmuda a ilegalidade em legalidade, o que se dá na segunda relação é a punição, (coerção, meio de defesa do sistema) pelo sistema de direito positivo, àquele que descumpra o seu comando, tendo efeitos jurídicos, morais e outros, que aqui não cabe nos analisar. A legalidade do sistema de regras de conduta se restaura por via indireta, e a sua eficácia ou aplicação eficaz da sanção<sup>17</sup>; vem credenciar e solidificar o sistema de direito positivo, pois à aplicação da sanção é cumprimento de outro comando normativo, relativo à relação conduta contrária- sanção, esta também de legalidade, onde o fato de conduta é a conduta contrária e na sanção está a categoria deôntica (dever-ser), estando a sanção por sua vez na norma.

17 Ver VILANOVA, L., Causalidade e Relação no Direito, pág. 75.

## Capítulo II

### Critérios determinativos da legalidade (categorias deônticas)

#### Secção I

#### Categorias deônticas – criteriologia da legalidade

#### 5. Categorias deônticas

Sob o ponto de vista lógico surge o problema da identificação das categorias deônticas como bem coloca o jurista Lourival Vilanova, quando diz: “Na lei de causalidade jurídica há seqüências regulares, interativas, cuja expressão lógica é a implicação formal (que leve em conta a conexidade de conotação entre H e C). Mas, é o sistema jurídico positivo, que estatui, preceitua, preestabelece dentre as possíveis hipóteses e as possíveis consequências *as relações que devem ser*. O **minimum** genérico que há nas espécies “obrigatoriedade”, “proibitividade”, “permissividade”, é que tais modos são modos de dever-ser. Sob o ponto de vista sintático (lógico), fica em suspenso o problema de se o dever-ser é um mero operador, ou um modo de ser ontológico, ou uma expressão do fato empírico de uma vontade (teoria imperativa do dever-ser), ou uma categoria tão-só gramatical, um sintagma verbal composto.”<sup>18</sup>.

No caso da relação de legalidade constata-se que quem age como operador relacionante é o verbo que acompanha o modal genérico (dever-ser) nas suas especificações, sob o ponto de vista sintático. As categorias deônticas atuam como termo consequente e o fato de conduta como termo antecedente; tanto no vínculo de causalidade como no de adequação, os modos de referência (categorias deônticas) são possíveis combinações que podem ser feitas com tais modos de referência dentro da

18 In Causalidade e Relação no Direito, pág. 61.

estrutura formal relacional, na causalidade entre a hipótese e a consequência jurídica, na adequação entre o fato de conduta e a norma, a relação de causalidade seria interna na norma e a de adequação seria externa, fora da norma, porém, dentro do sistema de direito positivo.

## 6. Criteriologia da legalidade

Na relação de legalidade, essas categorias deônticas atuam como verdadeiros critérios ou meios de escolha daquilo que a ordem jurídica positiva considera como por ela querido. São as formas de manifestação da escolha feita pela ordem jurídica positiva que vincula e, dirige-se aos seus destinatários, titulares dos fatos de conduta. Vejamos um exemplo, ao estipular, no caso do sistema de direito positivo brasileiro, o Código Civil Brasileiro, no seu art. 369, que o adotante tem de ser dezesseis anos mais velho que o adotado, significa (interpretando) que é proibida a adoção onde o adotante não seja dezesseis anos mais velho que o adotado, essa limitação da liberdade de adoção, é resultado de uma escolha, qual seja, a de proibir a adoção sem esse requisito, por razões que, no momento, não nos cabe discutir.

O comando normativo se apresenta sempre num desses modos de dever-ser (obrigatório/ permitido/proibido)<sup>19</sup>; revelando a opção por um dos modos, dependendo do conteúdo e da importância da matéria. O mérito da escolha será analisado quando do estudo da legitimidade (porque envolve valores). Temos, afinal, a adoção de verdadeiros critérios, quando da opção pela categoria deôntica que vinculará.

19 Cfr. VILANOVA, L., *Lógica Jurídica*, págs. 125/126. (18)

## 7. A natureza dos critérios que fixam a legalidade

Os critérios da legalidade, como vimos, são as categorias deônticas (obrigatório/permitido/proibido) que se contêm nas normas de direito positivo. Para determinar a sua natureza, devemos ter como referencial o sistema de direito positivo.

O sistema de direito positivo é composto de normas que por sua vez trazem em seu bojo o comando normativo que traduz a opção por uma das categorias deônticas e estas são os critérios adotados para estabelecer o que é legal dentro do sistema. Refletindo sobre a natureza desses critérios, chegamos à conclusão de que só existem dentro do sistema de direito positivo, são intra-sistêmicos, atendo-se aos limites desse sistema, fora do universo sistemático positivo não se pode falar em critérios da legalidade, porque esta só existe dentro de um dado sistema de direito positivo e os fatos de conduta a ele submetidos<sup>20</sup>. As categorias normativas coordenam-se num todo harmônico e coerente dentro do sistema de direito positivo, quando não existe essa harmonia e coerência, unge-se de invalidade o próprio comando, por estar em choque com outro comando do sistema que lhe seja superior, não é dessa relação que nos ocupamos.

## Secção II

### Os valores para os critérios que fixam a legalidade

## 8. Os valores

Cabe, agora, determinar o que se compreende por valores. O jurista, Miguel Reale, coloca o problema do que seja o valor, vejamos: "...Na realidade, porém, há impossibilidade de defini-lo, segundo as exigências lógico-formais de gênero próximo e de diferença específica. Nesse sentido, legítimo que fosse o propósito de uma definição rigorosa diríamos com Lotze que do valor se pode

20 VILANOVA, L., *Causalidade e Relação no Direito*, pág. 41.

dizer apenas que vale. O seu “ser” é o “valer”. Da mesma forma que dizemos que “ser é o que é”, temos a dizer que o “valor é o que vale”. Por que isso? Porque *ser* e *valer* são duas categorias fundamentais, duas posições primordiais do espírito perante a realidade. Ou vemos as coisas enquanto *valem* e, porque valem, *devem ser*.....”<sup>21</sup>. Adotemos, por hora, esta noção de valor.

As categorias deônticas (criteriologia da legalidade) sob uma visão lógico-formal são formas especificadas do modal genérico “*dever-ser*”. Não existe pacificidade sobre a natureza do “*dever-ser*”, se é mero operador, modo de ser ontológico, expressão do fato empírico de uma vontade, etc.<sup>22</sup>.

Portanto, temos que esclarecer em que sentido tomamos as categorias deônticas (“*dever-ser*”). Num primeiro plano, usamo-las como critérios utilizados para determinar a legalidade entre o fato de conduta (realidade) e a norma jurídica posta, por conseguinte, numa acepção lógico-formal. Mas, quando passamos a analisá-las diante de valores, temos que verificar se é possível a participação de valores numa estrutura lógico-formal.

## 9. Valores na estrutura lógico-formal

O jurista, Lourival Vilanova, admite a possibilidade de formalização dos valores, pregando uma lógica deôntica bivalente<sup>23</sup>, apesar de reconhecer a “conotação axiológica”<sup>24</sup> do ingresso dos valores no âmbito lógico-formal; mas, por outro lado, o jurista, Miguel Reale, não concebe uma teoria do valor formalmente lógica<sup>25</sup>.

O valor tem a característica de aparecer sempre na coisa valiosa, ele depende de algo para poder existir, é como a cor, que no mundo físico, só existe no objeto, não

21 REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, págs. 187/188.

22 VILANOVA, L., *Lógica Jurídica*, pág. 102.

23 Idem ao número 22, *Causalidade e Relação no Direito*, pág. 61

24 Idem ao número 22, *Lógica Jurídica*, págs. 133 a 135.

25 REALE, M., *Filosofia do Direito*, pág. 213.

tem existência própria. Como ficou dito, Vilanova admite o ingresso dos valores no campo lógico-formal, reconhecendo que há uma “conotação axiológica” nisso, e constata que dentro do sistema (considerando apenas as normas) só há dois valores, o válido e o não-válido, portanto, podemos cogitar de valores numa estrutura lógico-formal. O valor, como disse, não tem existência própria, está na categoria deôntica (criteriologia da legalidade), ou seja, as categorias deônticas são os veículos de entrada dos valores no sistema, porém, temos que distinguir duas atitudes: a primeira que visualiza a relação de legalidade, por uma ótica lógico-objetivante que neutraliza a presença dos valores, apreciando apenas a adequação ou não do fato de conduta à norma (categoria deôntica) sem cogitar do mérito (justiça ou injustiça) da posição adotada pelo comando normativo e a segunda que visualiza a relação de legitimidade, por uma ótica dinâmico-intencional, apreciando valores, subdividida, em duas fases: a primeira que cogita da integração dos valores existentes na ordem jurídica ideal (normas ideais) com os valores postos pela ordem jurídica positiva (normas positivas) e uma segunda fase que cogita da implicação dos valores pela ordem jurídico-positiva, realizados ou eficazes no fato de conduta, objeto dos capítulos seguintes.

Podemos então dizer que na relação de legalidade as categorias deônticas funcionam despidas de valor, onde eles são neutralizados, portanto, na relação de legalidade, vista como mera adequação entre a norma de direito positivo e o fato de conduta, a criteriologia da legalidade é neutra ao valor. A presença do valor e o seu mérito são analisados na relação de legitimidade que será proximamente apreciada.

A segunda fase da relação de legitimidade e a relação de legalidade seriam as duas faces da mesma moeda.

### Capítulo III

## A legitimidade como relação axiológica entre o fato de conduta, a norma de direito positivo e a norma ideal

### Secção I

#### Noção de norma ideal.

#### 10. Norma ideal

A norma ideal consiste na fração mínima da ordenação e distribuição de valores<sup>26</sup>, resultando o conjunto dessas normas uma ordem jurídica ideal, que é a manifestação característica de possibilidade de ordenação ou graduação preferencial ou hierárquica dos valores<sup>27</sup> que se apresenta variável, conforme o seu contexto histórico, então, para cada hierarquização teremos uma ordem jurídica ideal. Essa ordem jurídica ideal composta de normas ideais (unidades ou juízos de valor), consubstancia modelos ou padrões valorativos dispostos de maneira ordenada e variável, conforme o contexto histórico, porque os valores de nada serviriam se não tivessem capacidade relativa de realização<sup>28</sup>, por isso, serão dirigidos a uma realização relativa. Essa hierarquia ou ordem jurídica ideal seria estruturada segundo a orientação de uma ideologia, como por exemplo, uma ordem jurídica ideal que tenha como referência a eleição do valor segurança como primordial. Para cada ordem jurídica ideal, teremos uma correspondente ideologia.

26 Cfr. REALE, M., Filosofia do Direito, pág. 191.

27 Cfr. idem.

28 Cfr. idem, pág. 192.

### Secção II

## Direito Natural, ideologia e a ordem jurídica ideal

Iremos, aqui, distinguir o que se entende por direito natural, ideologia e ordem jurídica ideal, partindo de uma posição dualista, para tentar subsidiar uma distinção entre legalidade e legitimidade.

#### 11. Direito natural

Várias teorias tentam fundamentar o direito natural<sup>29</sup> dentro da doutrina do direito natural, como as do fundamento metafísico-religioso, a natureza humana, sentimento jurídico, direito natural de conteúdo variável, etc..

Apanhemos da teoria do direito racional ou racionalista, a tese de que o direito natural tem como fonte ou origem a razão do homem, concebendo a razão não identificada com a vontade, mas como afirma Kant<sup>30</sup> a razão como "faculdade" que deve ter influência sobre a "vontade". A vontade é imanente a todo ser livre, e razão é o *quid* que distingue o homem dos demais animais, atuando ou controlando a sua liberdade como diz Kant<sup>31</sup>, a razão somente ela, prescreve ao ser racional o dever-ser. Como Kelsen<sup>32</sup> reconhecemos que há um ponto em comum entre a ética Kantiana e a doutrina jusnaturalista do direito racional, pois para explicar a vinculação imposta pelas normas morais, só se encontra justificação "a priori" no conceito de **razão pura**. Para Kant a razão pura é a faculdade cognoscitiva do homem e por isso, pertence à natureza humana e presume ele que os princípios práticos estão na razão humana, o que liga a ética Kantiana à doutrina do direito racional é o conceito de **razão prática** que é comum.

29 Cfr. KELSEN, Hans, A Justiça e o Direito Natural, pág. 89 e ss.

30 Citado por Kelsen in A Justiça e o Direito Natural, pág. 131.

31 Citado por Kelsen in A Justiça e o Direito Natural, pág. 128.

32 KELSEN, H., A Justiça e o Direito Natural, pág. 135.

Adotemos aqui a posição Kantiana<sup>33</sup> de que se trata de uma mesma razão, que somente na sua aplicação como razão teórica ou prática vem a se distinguir. **Kelsen** refuta essas dupla aplicação (teórica = CONHECER, prática = QUERER) vista por Kant, dizendo que em se tratando de uma só razão não é possível a esta como razão teórica, conhecer, e como razão prática, querer, reconhecendo apenas a capacidade racional de conhecer. Este conhecer quando se dirige a fatos da realidade (teórica) e quando se dirige ao dever-ser(prática) nas normas postas pela vontade e aos valores constituídos por elas<sup>34</sup>. Ora, se as normas são postas pela vontade e se o “dever-ser” nelas se contém, o que é o dever-ser senão um querer, uma vontade, dirigida pelo conhecer. Vejamos, então, que existe apenas uma razão, que desenvolve duas atividade ou atitudes, uma de CONHECER e a outra de QUERER, pois uma não exclui a outra, mas podem se completar ou integrar.

Apanhemos como segundo dado, a tese de que o direito natural tem um conteúdo variável<sup>35</sup>, ou seja, que as regras da conduta social do homem, tendo como base diretiva a razão, isto é, guiadas pela razão, não são imutáveis, como as leis das ciências naturais, mas sim variáveis, que se alteram com mudanças sociais, políticas e econômicas.

Aquilo a que **Kelsen** chama direito natural imutável, ao lado do qual ou abaixo, haveria o direito natural mutável<sup>36</sup>; é nada menos que a própria razão humana que serve de embasamento ao direito natural mutável, pois, imutável é a razão em si<sup>37</sup>. O direito natural imutável é o que existe de *racional ou o fator-razão* comum a todas as ideologias. Estas por sua vez, orientariam o direito natural mutável, cujo conteúdo são valores, quando esses

33 Citado por Kelsen in A Justiça e o Direito Natural, pág. 132.

34 KELSEN, H., A Justiça e o Direito Natural, págs. 133/134.

35 Idem, pág. 145.

36 Idem pág. 147.

37 DEL VECCHIO, Giorgio, Lições de Filosofia do Direito, pág. 581.

valores se encontram hierarquizados ou ordenados ou graduados, estabelecendo *PADRÕES DE VALORES*, resulta a existência de uma ordem jurídica ideal e esses padrões se traduzem, através de normas ou princípios ideais. O conteúdo (valores) do direito natural mutável é que varia no tempo e no espaço, ou seja, num processo histórico, por isso, é mutável<sup>38/39</sup>.

Não se confunde a ideologia com o direito natural mutável, porque a ideologia é apenas um sentido ou direção tomada por este, quando põe valores para compor a hierarquia na ordem jurídica ideal. O direito natural mutável seria o *produto da razão humana, que se compõe de valores, que podem ser guiados em várias direções, estas são as ideologias*. Quando esses valores se apresentam (idealmente) ordenados ou hierarquizados, temos uma *ORDEM JURÍDICA IDEAL*, que não deixa de ser DIREITO, é *direito racional-ideal*.

## 12. Ideologia e ordem jurídica ideal

Ideologia é a tendência, direção, sentido que norteia o direito natural mutável, devido à variabilidade do conteúdo deste direito, dependendo dos valores consagrados, por exemplo, a ideologia democrática, consagra o valor da liberdade na direção de que prevalece a decisão da maioria, respeitando a liberdade de expressão das minorias.

A ordem jurídica ideal é a hierarquização ideal dos valores, através de normas ideais guiadas por uma ideologia. Portanto, para cada ordem jurídica ideal, há uma ideologia e um direito natural mutável.

Diante da posição aqui adotada, que para cada ordem jurídica ideal há uma ideologia e um direito natural mutável, temos que colocar a questão em relação com o direito positivo.

38 LEGAZ Y LACAMBRA, L., Filosofia del Derecho, pág. 621.

39 DEL VECCHIO, G., Lições de Filosofia do Direito, pág. 580.

O direito positivo ou normas de direito positivo já foram conceituados inicialmente supra, aqui se põe o problema da validade da ordem jurídica positiva ante a ordem jurídica ideal. Distinguimos então uma validade formal e uma validade material. A validade formal da ordem jurídica positiva<sup>40</sup> diz respeito à relação de legalidade tal como foi concebida aqui e a validade material diz respeito à relação de legitimidade que tentamos explicar. Aquela validade formal (justiça formal) independe de parâmetros extra-sistêmicos, ela se contém nos limites da ordem jurídica positiva, mas quando vamos justificar a validade material (justiça material) da ordem jurídica positiva, temos que tomar como ponto de apoio, parâmetros extra-sistemáticos de conotação eminentemente axiológica. Então, temos de admitir que determinada ordem jurídica positiva só pode ser considerada materialmente válida quando posta em confronto com um ordem jurídica ideal, que lhe seja correspondente. Deduzimos, portanto, que para cada ordem jurídica ideal, existe uma ordem jurídica positiva. Toda esta explanação tem um cunho relativista, partindo da idéia de que o absoluto não existe no mundo dos homens, porque este é imperfeito, pois, partindo de normas ideais absolutas só poderíamos justificá-las numa esfera supra-humana, divina, e entraríamos no campo da teologia.

Uma ordem jurídica positiva só tem validade material, resultado da relação de legitimidade, quando se condiciona esta mesma ordem positiva a ser o meio ou instrumento de realização relativa de valores consagrados numa respectiva ordem positiva, depende desta estar em integração com uma ordem jurídica ideal, pois não tem sentido se os valores da ordem jurídica ideal não puderem se realizar, esta seria apenas mera utópia

40 DEL VECCHIO, G., idem ao número 39, págs. 339/340.

(absoluto-irrealizável). Donde, confrontando-se uma ordem jurídica positiva autocrática com uma ordem jurídica ideal democrática e partindo do princípio relativista, teremos que aquela ordem jurídica positiva autocrática não tem mais qualquer validade material, tendendo a desaparecer pela sua revogação por uma ordem jurídica positiva democrática. Ex: A ditadura militar brasileira (ordem jurídica autocrática) foi substituída por uma ordem jurídica democrática.

### Secção III

#### Os valores

#### 13. Os valores

Os valores só existem em função da coisa valiosa, como foi dito aqui, poderíamos compará-los, no mundo fático, às cores.

Vejamos, rapidamente, as características dos valores diante da realidade, são elas:

- a) bipolaridade: a um valor corresponde um desvalor;
- b) implicação recíproca: quando um valor se realiza, implica a realização de outros valores;
- c) referibilidade: é a necessidade de sentido decorrente da condicionalidade humana, porque "tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no *sentido de algo e para alguém*"<sup>41</sup>, os valores são entidades vetoriais<sup>42</sup>;
- d) preferibilidade: o valor resulta de um fim, uma finalidade, uma teleologia<sup>43</sup>;

41 REALE, M., Filosofia do Direito, pág. 190.

42 Idem ao número 41.

43 Idem ao número 42, pág. 191 - "Um fim não é senão um valor racionalmente conhecido como motivo da conduta."

- e) objetividade: é relativa e corresponde ao fato dos valores vistos sob a ótica ontológica, eles não existem em si e de per si, referem-se ao homem como “sujeito universal de estimativa, levando em conta a experiência pessoal e coletiva”<sup>44</sup>;
- f) incomensurabilidade: não podem ser medidos;
- g) graduação hierárquica: obedecem a uma escala.

Sob o ponto de vista histórico, temos duas características do valor:

- a) realizabilidade: os valores são relativamente efetiváveis;
- b) inexauribilidade: os valores não desaparecem quando realizados, eles se completam, positivam-se, sem que terminem, pelo contrário, fortalecem-se.

A ordem e classificação dos valores não podem aqui ser expostas, pois não estamos fazendo uma teoria do valor, no entanto, cumpre assinalar que com Miguel Reale<sup>45</sup> achamos que o homem é o valor-fonte, como diz Reale, em função do qual todos os outros valores gravitam. Chegamos a concluir que o valor é um objeto da espécie histórico-cultural, é ele em si dependente da coisa onde se incorpora, e a sua eleição como norteador da conduta humana é relativa no tempo, no espaço e na cultura<sup>46</sup>.

44 REALE, M., Filosofia do Direito, págs. 208/209.

45 Idem ao número 44, págs. 228/229.

46 Cultura no sentido adotado pelo jurista Miguel Reale em Filosofia do Direito, pág. 217 – “É o cabedal de bens objetivados pelo espírito humano na realização de seus fins específicos”.

## Secção IV

### A relação entre fato de conduta, norma de direito positivo e a norma ideal

#### 14. A segunda fase da relação de legitimidade

Partamos da afirmativa do jurista Miguel Reale de que “Já dissemos que do *ser* não se pode passar ao *dever-ser*, mas a recíproca não é verdadeira; se os valores jamais se realizassem, pelo menos relativamente, nada significariam para o homem”<sup>47</sup>. Podemos, então dizer que da norma jurídica positiva pode-se alcançar o fato de conduta, mas deste não se chega à norma jurídica positiva.

Aproveitando a estrutura de relação dada pela lógica-formal, utilizando um corte operacional<sup>48</sup>, podemos afirmar que a relação de legitimidade seria o lado axiológico (material) da relação “fato de conduta e norma de direito positivo” que não se pode deduzir por um raciocínio puramente lógico-formal, porque as estruturas em si<sup>49</sup>, da qual a relação é espécie, são vazias de conteúdo, enquanto estruturas formais. Em outra dimensão, a axiológica, preenche-se aquela estrutura lógico-formal de conteúdo que traz em si o valor. Portanto, temos que diferenciar a relação de legalidade como sendo regida pelo princípio lógico da não-contrariedade, não cogitando de valores, neutralizando-os e outra relação (que é a segunda fase da relação de legitimidade), sendo esta relação de nível operacional<sup>50</sup> que se destina a ordenar uma prática e é nessa prática que o valor se realiza, torna-se eficaz, refletindo na experiência axiológica sob a forma de bem. A

47 REALE, M., Filosofia do Direito, pág. 192.

48 MACHADO, J. B., preâmbulo a obra de Kelsen, A Justiça e o Direito Natural, pág. XXXII.

49 Estruturas, idem ao número 48, pág. XXVIII.

50 MACHADO, J. B., preâmbulo a obra de Kelsen, A Justiça e o Direito Natural, págs. XX, XXXI, XXXII – ótica ou corte formal- constata-se a relação de legalidade; ótica ou corte operacional- constata-se a relação de legitimidade.

segunda fase da relação de legitimidade estatui em nível axiológico um vínculo de implicação entre a norma jurídica positiva e o fato de conduta que tem por teleologia a proteção de um bem, não se dá a relação de legitimidade, no entanto, esta não está completa apenas nessa fase, pois aquela proteção exige uma justificação, passamos para a primeira fase da relação de legitimidade.

### 15. A primeira fase da relação de legitimidade

Na primeira fase da relação de legitimidade que se dá entre a norma de direito positivo e a norma ideal, estabelece-se um vínculo de integração relativa entre a norma ideal e a norma de direito positivo, revelando as características de referibilidade, preferibilidade e objetividade dos valores antes referidas. Esse vínculo de *integração relativa é um vínculo axiológico, só existe a integração tomando-se padrões valorativos referenciais*. Quando a ordem jurídica positiva não tem a correspondência mínima entre os valores ideados (ordem jurídica ideal) e os valores manifestados (ordem jurídica positiva), enseja-se a mudança da ordem jurídica positiva, operada por influência da ordem jurídica ideal (valores ideados)<sup>51</sup>. Ex: O julgamento de Nuremberg.

Observe-se que o enquadramento da relação de legitimidade é feito não ao rigor da lógica formal, mas apenas utilizando-se de uma estrutura fornecida por ela, não tem caráter formal, mas sim material<sup>52</sup>, tendo em mente uma ordem jurídica ideal, relacionada com uma ordem jurídica positiva que lhe é respectiva, verificando-se entre essas duas ordens relacionadas, confrontadas, há aquela *integração e implicação*, consubstanciadas, a implicação da norma de direito positivo para o fato de conduta, a integração da norma ideal para com a norma positiva, consubstanciando a legitimidade.

51 DEL VECCHIO, G., Lições de Filosofia do Direito, págs. 335/336.

52 RADBRUCH, G., Filosofia do Direito, págs. 55/56.

## Capítulo IV

### Critérios determinativos acerca da legitimidade

#### Secção I

#### Critérios valorativos através da fixação de padrões

### 16. Critérios valorativos

Admitindo com **Del Vecchio**<sup>53</sup> que o Direito estabelece uma graduação de valores, identificamos na ordem jurídica ideal a existência dessa graduação que se traduz na fixação de *padrões valorativos*<sup>54</sup>. Os critérios ou diretrizes utilizadas para determinar o que é legítimo em uma ordem jurídica positiva com referência a uma ordem jurídica ideal faz-se através do estabelecimento de padrões ou modelos ideais de valores como a Justiça, a Liberdade, a Ordem, a Segurança, a Igualdade, etc..

Para cada ordem jurídica ideal temos que houve a fixação ou correspondente padronização de certos valores. Essa padronização dá-se na ordem jurídica ideal, visando a guiá-la no sentido de certa ideologia. A ordem jurídica ideal fixa o que é tido por idealmente legítimo, através da utilização de critérios ou juízos de valor que trazem a adoção de um padrão de valor, um modelo ideal, que talvez se realize no mundo fático relativamente ou não se realize.

#### Secção II

#### A natureza extra-sistêmica dos critérios determinativos da legitimidade

### 17. Extra-sistematicidade

Considerando a ordem jurídica positiva ou sistema jurídico positivo, diremos que aqueles critérios valorativos

53 DEL VECCHIO, G., Lições de Filosofia do Direito, pág. 351.

54 SICHES, L. R., Nueva Filosofia del Derecho, pág. 283.

ou juízos de valor elegem um modelo ideal, encontram-se fora da ordem jurídica positiva, certamente na ordem jurídica ideal. Portanto, esses critérios são extra-sistêmicos, se considerarmos como ponto referencial 'a ordem jurídica positiva. Em relação à ordem jurídica ideal, eles são intrínsecos ao sistema, estando sempre presentes nos princípios ou padrões por ele estabelecidos.

Logo, temos que diferenciar a criteriologia da legalidade (categorias deônticas) da criteriologia da legitimidade (padrões valorativos), dizendo que são duas dimensões diversas, como criteriologia assemelham-se, apesar de serem de espécies diferentes (lógico-formal e axiológica) pertencem ao mesmo gênero (critérios), sendo a primeira, neutra ao valor e a segunda, repleta de valor, traduzindo-se numa valoração ou juízo de valor, são critérios de natureza diversa.

A criteriologia da legalidade só existe dentro do sistema jurídico positivo, enquanto, a criteriologia da legitimidade projeta-se na ordem jurídica ideal, podendo ser aplicada relativamente ao sistema jurídico positivo (nem por isso passa a fazer parte dele, esta fora dele). A ordem jurídica positiva, quando analisada sob a ótica da criteriologia da legitimidade é apreciada através de padrões valorativos ideais, como objeto dessa criteriologia, mesmo assim, a criteriologia da legitimidade continua na sua órbita extra-sistêmica, realizando uma apreciação transcendente à ordem jurídica positiva, só tendo sentido numa visão axiológica, valorada do sistema jurídico positivo, que só é possível tendo-se como parâmetro a ordem jurídica ideal; tanto é verdade que não podemos aplicar a criteriologia da legalidade à ordem jurídica ideal, porque os juízos de valor obedecem a padrões valorativos.

### Secção III

#### Critérios da legitimidade em Kelsen e Luhmann

##### 18. Critérios da legitimidade em Kelsen

Kelsen identifica apenas a validade formal. O seu critério de legitimidade, é: "O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade"<sup>55</sup>. Em Kelsen, não se pode falar de legitimidade e legalidade como conceitos distintos, o que para ele é princípio de legitimidade é aqui apenas validade formal da própria norma de direito positivo, sem qualquer referência ao fato de conduta, é a observância do processo legislativo, conclusão a que nos leva o positivismo lógico Kelseniano.

##### 19. Critério de Legitimidade em Luhmann

Luhmann reduz a legitimidade ao procedimento partindo de uma fática, resultando daí uma teoria sociológica do procedimento, é uma concepção decisionista da legitimidade<sup>56</sup>, um positivismo sociológico.

Creio que Luhmann parte do ser para o dever-ser através de argumentos que se fundam em alicerce fofo, que não resiste ao peso do querer legitimar um "dever-ser" através do procedimento da ordem do ser, que nem sempre realiza aquele dever-ser<sup>57</sup>. Segundo a concepção de Luhmann<sup>58</sup> chegamos à conclusão de que o fático determinaria o "dever-ser", que o procedimento é que torna legítima a ordem jurídica positiva. Perguntamos: e quan-

55 KELSEN, H., Teoria Pura do Direito, pág. 290.

56 FERRAZ JR., T.S., apresentação de Legitimação pelo Procedimento de Luhmann, N., pág.3.

57 DEL VECCHIO, G., Lições de Filosofia do Direito, pág. 577

58 LUHMANN, Niklas, Legitimação pelo Procedimento, pág. 15

do o procedimento (administrativo, judiciário e legislativo) ferem a norma da ordem jurídica positiva? Legítima-a? Claro que não, porque o procedimento (sistema de ação) é posto ou estabelecido pela ordem jurídica positiva, o procedimento é que se legitima pela ordem jurídica positiva.

## 20. Monistas

Há um ponto em comum entre Kelsen e Luhmann, apesar de partirem de pontos contrários, chegam à conclusão de que a legitimidade está num procedimento, para Kelsen no âmbito da produção normativa (procedimento legislativo) para Luhmann no procedimento como sistema de ação, abrangendo o procedimento legislativo, administrativo e judiciário. Kelsen mantém-se no plano puramente normativo e Luhmann no plano puramente fático; Kelsen num positivismo lógico, Luhmann num positivismo sociológico, ambos tomam uma posição monista.

## Capítulo V

### Legalidade sem legitimidade, legitimidade sem legalidade

#### Secção I

#### Legalidade sem legitimidade

## 21. Legalidade: resultado da positivação

É a questão de colocar o problema de existir uma relação de legalidade a que não corresponda uma relação de legitimidade, em saber se é possível uma total dissociação entre a ordem jurídica positiva e a ordem jurídica ideal, entre o Direito Positivo e o Direito Natural.

Temos que admitir com Del Vecchio que: "...A tendência do movimento histórico manifesta-se, em geral, num sentido de uma consagração progressiva do Direito Natural pelo Direito Positivo. Mesmo nas fases iniciais, inevitável é uma certa concordância entre ambos, ainda que parcial e imperfeita."<sup>59</sup>. Aplicando-se a nossa tese, há naquela relação de legalidade uma correspondente relação, por mínima que seja, de legitimidade, chegando na fase histórica inicial de implantação da ordem jurídica positiva a se confundirem. A única exceção será o uso da força, onde se desmancham os vínculos de integração e implicação que compõem a relação de legitimidade. Vejamos um exemplo, para analisá-lo: o fato histórico do nazismo. A ascensão de Hitler ao poder na Alemanha deu-se em obediência à legalidade, foi por uma via de adequação ao sistema jurídico positivo, tendo, inicialmente, uma mínima correspondência de legitimidade (padrões valorativos) com o apoio ou sanção popular, que se dava orientado por padrões valorativos democráticos. Porém, ao se exercer aquela legalidade foi-se distanciando da realização daqueles padrões valorativos, chegando no começo da derrocada do nazismo a haver uma quase total dissociação entre legalidade e legitimidade. O distanciamento foi tão grande que ensejou a intervenção de forças estrangeiras em Berlim (tomada de Berlim na segunda grande guerra mundial). Logo, o destino do nazismo era perecer, porque a relação de legalidade por ele imposta não mais tinha uma correspondente relação de legitimidade, por parcial que fosse, presente estava a insatisfação popular, que foi contida pela força no III Reich. Chegamos à conclusão de que não é possível subsistir uma relação de legalidade sem que lhe corresponda uma mínima relação de legitimidade.

59 DEL VECCHIO, G., obra citada, pág. 582

FSMAPE

**Secção II****Legitimidade sem legalidade****22. Legitimidade: tendência à positivação**

É possível uma legitimidade sem legalidade?

Todo valor tem que ter a possibilidade de se realizar, ainda que relativamente. Como ficou dito supra, o Direito Positivo visa hoje a uma consagração do Direito Natural. Porém, a relação de legitimidade pode não ter uma correspondente relação de legalidade, se a legalidade viola a legitimidade temos presente a necessidade de modificação da ordem jurídica positiva, da relação de legalidade, pois existe na relação de legitimidade uma tendência à realização, à positivação, é a realizabilidade dos valores, porque a ordem jurídica ideal não é mera ficção ou utopia. Logo, temos que a uma ordem jurídica ideal deve corresponder uma ordem jurídica positiva. Quando a relação de legalidade deixa de corresponder a uma relação de legitimidade, enseja a modificação da ordem jurídica positiva. A relação de legalidade é o resultado da positivação ou expressão positiva que deve ser correspondente à relação de legitimidade que tende esta a se manifestar através daquela e a positivar-se.

**Secção III****O que há de comum entre a legalidade e a legitimidade****23. Coincidência vinculativa**

A relação de legalidade é consequência de uma perspectiva lógico-objetivante (leitura lógico-estrutural) que se faz do fato de conduta e a norma de direito positivo que se dá através de um vínculo de adequação. Já a relação de legitimidade é de natureza axiológica, resultante de uma leitura dinâmico-intencional, que foi dividida em duas fases que se dão, a segunda entre o fato de con-

duta e a norma de direito positivo e a primeira entre a norma de direito positivo e a norma ideal, sendo o vínculo da segunda fase, implicacional e o da primeira fase integracional; verificamos que os termos da segunda fase da relação de legitimidade são os mesmos da relação de legalidade, porém, os vínculos que se dão são diversos e em níveis distintos. Quando se dá a realização do vínculo de adequação da relação de legalidade e o vínculo implicacional da segunda fase da relação de legitimidade, torna-se imperativo reconhecer que há um ponto de contato ou em comum entre a relação de legalidade e a relação de legitimidade, onde fica difícil distinguir legalidade de legitimidade. No processo histórico podemos situar este ponto de contato na ocasião em que se instala uma nova ordem jurídica positiva que se torna eficaz, derrubando uma ordem jurídica anterior, temos a relação de legalidade e paralelamente a relação de legitimidade que cumprindo suas fases encontram-se num dado momento com a relação de legalidade, onde se tornam indistintas. Digase ainda que isso só se dá, se cumpridas todas as fases da relação de legitimidade, senão não há que se falar de ponto em comum entre legalidade e legitimidade.

**Secção IV****A desejada harmonia entre a ordem jurídica-positiva e a ordem jurídica ideal****24. Harmonia relativa**

Creio que uma total integração ou harmonia entre a ordem jurídica-positiva e a ordem jurídica ideal não pode ser tomada em termos absolutos, pois assim ela se torna humanamente impossível.

O que se pode verificar é que no conjunto da ordem jurídica positiva ela corresponda ou satisfaça relativamente à ordem jurídica ideal. A relativa harmonia entre a ordem

jurídica ideal e a ordem jurídica positiva reflete-se na manutenção da segunda, posto que um mínimo de concórdia deve ser mantida, correspondendo àquela parcial ou mínima relação de legitimidade entre a ordem jurídica positiva e a ordem jurídica ideal, sem o que a ordem jurídica positiva não tem mais condições de atuar ensejando sua modificação ou total revogação. Chegamos à conclusão de que é necessária a mínima harmonia entre a ordem jurídica positiva e a ordem jurídica ideal, como para a relação de legalidade é necessária uma correspondente relação mínima de legitimidade.

### Bibliografia

1. KELSEN, Hans – A Justiça e o Direito Natural, tradução e prefácio de João Baptista Machado, 2 ed., Coimbra: Armênio Amado, 1979.
2. KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito, tradução de João Baptista Machado, 5 ed., Coimbra: Armênio Amado, 1979.
3. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis- Filosofía del Derecho, do original em espanhol, 3 ed., revisada e aumentada, Barcelona: Beach, Casa Editorial- Urgel 51 bis, 1972.
4. LUHMANN, Niklas- Legitimação pelo Procedimento, tradução de Maria da Conceição Côrte-Real, revisão de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
5. RADBRUCH, Gustav – Filosofía do Direito, tradução e prefácio de Prof. L. Cabral de Moncada, da Universidade de Coimbra, 6 ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor, Coimbra: Armênio Amado, 1979.
6. RÁO, Vicente- Ato Jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre elementos volitivos e a declaração, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1981.
7. REALE, Miguel – Filosofía do Direito, 8 ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1978. Dois volumes.
8. SCHREIER, Fritz – Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho, esbozo de una teoría formal del derecho y del estado sobre base fenomenológica, México: Editora Nacional, 1975.
9. SICHES, Luis Recaséns- Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, segunda edición copiosamente aumentada, México: Porrúa, 1973.
10. VECCHIO, Giorgio del – Lições de Filosofia do Direito, tradução de Antonio José Brandão, 5 ed. revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro, Coimbra: Armênio Amado, 1979.
11. VILANOVA, Lourival- As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
12. VILANOVA, Lourival- Causalidade e Relação no Direito, Recife: Edição da OAB-PE, 1985.
13. VILANOVA, Lourival – Lógica Jurídica, São Paulo: Bushatsky, 1976.
14. KANT, Emmanuel – Crítica da Razão Pura, tradução de J. Rodrigues de Mereje, prefácio de G.D. Leoni, Rio de Janeiro: Tecnoprint S.A., s. d.
15. MACEDO, Silvio de – Curso de Axiologia Jurídica, os valores jurídicos em nova perspectiva, Rio de Janeiro: Editora Foyense, 1986.
16. MÁYNEZ, Eduardo García- Filosofía del Derecho, primera edición, México: Porrúa, 1974.
17. SCHIMITT, Carl- Legalidad y Legitimidad, tradução para o espanhol de José Díez García, Madrid: Aguilar, 1971.
18. SOIBELMAN, Leib- Dicionário Geral de Direito, São Paulo: Bushatsky, 1974. Dois volumes.

### Notas:

- \_\_\_\_\_, Lógica Jurídica, pág. 96 a 102.  
 Para Kelsen o “dever-ser” formal é mera expressão operatória, para Cossio, o “dever-ser” é objetivo.  
 Ver SICHES, L. R., Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, pág. 277.

# AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO<sup>1</sup>

Demócrito Ramos Reinaldo Filho  
Juiz de Direito.

## “*Pacta Sunt Servanda*”

Certamente, nenhum brocardo latino tem sido mais ensinado em salas de aula dos cursos jurídicos do que este. A força retumbante com que essa assertiva vem impregnando a formação dos estudiosos do Direito, parece ecoar em nossas mentes como uma verdadeira homilia: o contrato faz lei entre as partes, os pactos não podem ser desrespeitados, a vontade manifestada livremente obriga os contraentes.

A disseminação dessa máxima ao longo dos séculos fez com que a teoria contratual clássica, em que a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito, uma verdadeira religião universal.

O princípio do *pacta sunt servanda* viveu seu apogeu no século XIX, auge do Liberalismo, quando coube à ciência jurídica dar substrato conceitual ao individualismo econômico reinante na época, criando a concepção tradicional de contrato.

A doutrina contratual clássica, que, repito, tinha como dogma máximo a autonomia da vontade, sustentava que a função das leis referentes a contrato era, portan-

to, somente a de proteger a manifestação da vontade e assegurar a realização dos efeitos estipulados pelos contraentes. A tutela jurídica deveria limitar-se simplesmente a colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas.

Pensava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionando harmonia social e econômica se fosse assegurada a *liberdade contratual*, ou seja, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. Assegurando-se a cada contratante a maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, a idéia era a de que como consequência ter-se-ia também garantida uma teórica igualdade, desconsiderando-se por completo a situação econômica e social das partes. Pressupondo a existência de uma igualdade no momento de contrair a obrigação, a teoria contratual clássica desinteressava-se igualmente pelos motivos que levaram o indivíduo a contratar, bem como por suas expectativas originais.

A concepção clássica do contrato, no entanto, começou a sofrer uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada. Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico despersonalizou-se e os métodos de contratação em massa predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores<sup>2</sup>. Os *contratos paritários* ou *individuais*, nos quais se discutem as condições do acordo de forma individual e livremente, cláusula a cláusula, em posição de igualdade e com tempo para as tratativas preliminares, continuam a aparecer no orbe jurídico, mas em número limitado e geralmente nas relações entre particulares.

1 Palestra proferida no XI Curso de Direito do Consumidor, promovido pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-BRASILCON, no auditório da Faculdade de Direito de Olinda, no dia 11.03.97.

2 Cf. Enzo Roppo, citado por Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, p. 27.

Dentre as novas técnicas de conclusão dos contratos de massa, encontramos os *contratos de adesão* e as *condições gerais dos contratos*. Os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e o fechamento de contratos de adesão tornaram-se comuns na sociedade industrializada moderna e caracterizam-se pela circunstância de que as cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. São marcados pela nota fundamental da pré-elaboração unilateral das cláusulas contratuais, as quais não são efetivamente negociadas, não existindo uma fase pré-contratual para a discussão dos termos e condições do pacto de consumo. O consumidor simplesmente adere “à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado”<sup>3</sup>, residindo tão-somente nessa ação, traduzida na simples adesão à oferta do proponente (fornecedor), o modo de manifestação da sua aceitação, bastante para a formação do vínculo obrigacional (contratual). A oferta dos contratos de massa no mercado de consumo é feita de maneira uniforme para todos os possíveis interessados, isto é, a apresentação das condições do pacto de consumo, consubstanciadas nas cláusulas do instrumento de transação, é realizada com “caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais”<sup>4</sup>, não se fazendo uma discriminação entre os consumidores. Esses contratos são homogêneos em seu conteúdo, mas celebrados com uma série indefinida de contratantes.

Inexistindo um debate prévio das cláusulas contratuais, mas sim de um ato unilateral de uma das partes em estabelecer as condições e termos da avença, na

3 Cf. Enzo Roppo, citado por Cláudia Lima Marques, ob. cit., p.31.

4 Assim Cláudia Lima Marques, ob. cit., RT, p.31.

prática o que existe no momento da formação do vínculo contratual é um desigual poder de barganha (*unequal bargaining power*), resultado da superioridade econômica do fornecedor.

Não havendo liberdade contratual para uma das partes, em definir conjuntamente com a outra as condições da avença, a elaboração unilateral delas favorece a inclusão de **cláusulas abusivas**. Se a simples superioridade econômica e social, quase sempre presentes na posição do fornecedor, em qualquer pacto de consumo, já facilita o cometimento de abusos nas relações contratuais, a circunstância qualificadora do contrato de adesão, onde a parte mais forte ainda por cima redige unilateralmente as cláusulas, reforça os fatores que podem levar a um desequilíbrio contratual.

“A concepção clássica do contrato, fundada no respeito absoluto à autonomia da vontade e à liberdade contratual, hoje resta completamente superada. Atualmente, já não há mais dúvida de que a harmonia e a equidade nas relações contratuais não são uma decorrência automática da liberdade contratual. O contrato é hoje visto como um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes”<sup>5</sup>.

Assim, criou-se uma disciplina específica para o contrato de adesão, adaptada às suas características especiais, como forma de instrumentalizar o sistema jurídico de um controle efetivo da equidade contratual, através da intervenção do Estado nas relações de consumo, por meio do estabelecimento de normas imperativas que assegurem o equilíbrio de forças entre fornecedores e consumidores ou, em outras palavras, que impeçam a prevalência e validade de **cláusulas abusivas**.

5 Assim Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, p.16.

E o que se deve entender por **cláusulas abusivas**?

Como regra, “consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida exagerada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual”<sup>6</sup>. É abusiva a cláusula unilateralmente predisposta em contrato de adesão concluído entre o fornecedor, com vantagem exclusiva para o segundo, gerando um desequilíbrio entre direitos e obrigações.

“O predisponente aproveita-se de seu poder contratual dominante para exonerar-se de responsabilidades ou limitá-las, para atenuar obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou – na perspectiva do aderente – para agravar ônus ou deveres, estabelecer prazos injustos, inverter ônus da prova, enfim, desequilibrar a seu favor o regulamento contratual”<sup>7</sup>.

De antemão, é indispensável observar que não se deve confundir abusividade com ilicitude. A cláusula abusiva não é propriamente ilícita. Cláusula ilícita é aquela cujo objeto é ilícito (nos termos do art. 145, II, do C.C.), ou quando visa a infringir norma jurídica de ordem pública. Já a cláusula abusiva não é essencialmente contrária à ordem jurídica. Aproxima-se do *abuso de direito*. Supõe a existência de um direito subjetivo que, diante de certas situações, sofre um desvio em seu exercício, fazendo com que a convenção, que em outras circunstâncias seria válida, torne-se nula.

Isso nos leva a refletir que as cláusulas abusivas que corrompem o equilíbrio em contratos de adesão ou sujeitos a condições gerais, podem ser consideradas perfeitamente válidas quando incorporadas em contratos em que haja negociação bilateral, com possibilidade de discussão paritária das condições contratuais. Com efeito, o Direito

não impede que se estabeleçam cláusulas que limitem a responsabilidade ou que ponham uma maior carga de deveres sobre uma das partes, até porque existem os contratos gratuitos. Estaria destinada ao fracasso norma jurídica em matéria contratual que objetivasse um absoluto equilíbrio, uma perfeita correspondência de direitos e obrigações. Mas na atividade econômica em que se utilizam métodos estandardizados de contratação, essas cláusulas terminam revestindo-se de um caráter abusivo, porquanto não decorrem propriamente de uma negociação, mas de uma predisposição unilateral por parte daquele parceiro que tem o domínio da relação contratual (o fornecedor).

As legislações dos vários países que adotaram normas especiais de proteção ao consumidor ou que regulamentaram as condições gerais dos contratos, apresentam listas mais ou menos uniformes contendo os tipos de cláusulas abusivas. As listas guardam semelhanças entre si porque “a técnica utilizada na regulamentação negocial através de condições gerais, em todo o mundo, seguem um padrão básico quase universal”<sup>8</sup>.

É muito comum a aparição, nessas listas, de cláusulas inseridas nos contratos como condições gerais que:

- a) limitam ou exoneram responsabilidades do predisponente;
- b) conferem ao fornecedor a faculdade de rescindir o contrato ou suspender sua execução;
- c) limitam as garantias do consumidor;
- d) impossibilitam ou dificultam o aderente de exercer exceções;
- e) restringem a liberdade do aderente em suas relações com terceiros;
- f) deixam ao fornecedor a opção de alteração unilateral do preço;

6 Na definição empregada por Paulo Luiz Neto Lôbo, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, ed. Saraiva, p. 155.

7 Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, *ob. cit.*, p. 155.

8 Cf. Paulo Luiz Neto Lôbo, *ob. cit.*, p. 160.

- g) estabelecem competência de foro;
- h) conferem ao fornecedor a possibilidade de renovação ou prorrogação unilateral do contrato;
- i) estabelecem em desfavor do consumidor prazos mais curtos de decadência e prescrição;
- j) impedem ou dificultam a utilização de remédios processuais pelo consumidor;
- k) conferem a inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor.

A lei brasileira (CDC) construiu uma lista contendo dezesseis tipos de cláusulas abusivas. Portanto, as condições gerais que se enquadram nos tipos previstos na lista são absolutamente proibidas, sem qualquer possibilidade de convalidação.

Tem-se que a lista constitui uma tipicidade aberta, isto é, enumera os tipos de maneira apenas indicativa ou exemplificativa. Tal conclusão decorre da circunstância de que o legislador previu uma disposição geral (inc. IV do art. 51 c/c o parágrafo 1º. do mesmo artigo), que serve na definição das hipóteses não previstas expressamente, além do que o próprio *caput* do art. 51 utiliza-se da forma de expressão de dizer que “são nulas de pleno direito, **entre outras**, as cláusulas” que, em seguida, arrolam nos seus diversos incisos.

A técnica utilizada foi a de criar uma lista composta de tipos perfeitamente explicitados e de um tipo geral, que serve de parâmetro ao juiz na apreciação do caráter abusivo das condições gerais. O acerto do legislador está configurado na certeza de que seria praticamente impossível enumerar exaustivamente todos os tipos de cláusulas abusivas, não só por dificuldade em oferecer uma definição legal perfeita para cada uma delas, mas sobretudo porque a dinâmica do mercado faz com que a cada dia surjam novas modalidades de condições gerais excessiva-

mente onerosas para o aderente, que geram um desequilíbrio contratual injusto.

A disposição geral da lei brasileira resguarda *os princípios da boa-fé e da equidade* e a vedação de “vantagem exagerada”. Localiza-se no inciso IV do art. 51 e no ser parágrafo 1º., estando assim redigida:

“IV- (são nulas de pleno direito as cláusulas que) estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

(...)

Parágrafo 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
- III- mostra-se excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

Diante da existência dessa disposição geral do inc. IV do art. 51, hipóteses não previstas explicitamente podem ser consideradas como de conteúdo abusivo, estando a depender do contexto em que se enquadre como condição geral, como a natureza do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias que envolvam o caso. Isso significa que, em matéria de abusividade de cláusulas contratuais, a mediação concretizadora do Juiz tem caráter determinante. O papel do Juiz na determinação das cláusulas abusivas não expressamente previstas na lista

do CDC assume imensa relevância, pois a amplitude da disposição geral (art. 51, IV, c/c seu par. 1º.) fornece ao intérprete e aplicador da lei campo fértil para a construção de jurisprudência inovadora, em consonância com os ideais de efetiva proteção do consumidor. Incentiva mesmo uma atividade jurisprudencial criativa, adaptável ao universo movediço do mercado de consumo.

Na tarefa de definir o ponto limítrofe entre o que é válido e o que é proibido, em termos de cláusulas postas como condições gerais do contrato, o aplicador da norma ou intérprete, além de ter a respeitar a disposição geral do art. 51, IV, c/c par. 1º., que serve como marco intransponível na interpretação dos casos não enquadrados expressamente nos tipos legais, deve submeter sua atividade hermenêutica ao princípio insculpido no art. 47 do CDC. “A regra geral é que se interprete o contrato de adesão, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento”. É a conhecida *interpretação contra proferentem*, que conduz a uma tarefa exegética em desfavor daquele que profere as cláusulas contratuais, que as elabora, em face da circunstância qualificadora do contrato de adesão, onde a parte mais forte, que tem a supremacia contratual, redige unilateralmente as cláusulas, reforçando os fatores que podem levar a um desequilíbrio contratual.

O intérprete do contrato de consumo deve observar não somente a regra do art. 47, mas procurar guiar-se por todos os princípios e normas de proteção ao consumidor, em especial o princípio da boa-fé, da transparência, da proteção da confiança e das expectativas legítimas dos consumidores. A qualidade de abusiva da cláusula não transparece, muitas vezes, da simples leitura de seu texto, necessitando de uma *interpretação contextual*, da análise do quadro de circunstâncias considerado pelo novo Direito. Para extrair da cláusula o seu verdadeiro sentido e

alcance, o hermenêuta deve-se ater também às peculiaridades da fase pré-contratual e do momento da formação do vínculo, como forma de proteger as expectativas legítimas do consumidor, nascidas da confiança no vínculo contratual. No desenvolvimento dessa atividade investigativa e complementadora do real sentido da cláusula, o exegeta tem de penetrar em todos os aspectos da relação contratual a considerar, perscrutando a natureza do contrato, a sua finalidade normal, as expectativas normais para os consumidores no tipo de negócio, as informações que lhe foram prestadas, a publicidade veiculada (se houver), os atos anteriores à conclusão do pacto, enfim, deve examinar todo o contexto negocial. A interpretação contextual termina por conferir ao hermenêuta a descoberta de obrigações implícitas nos variados tipos contratuais e de deveres anexos de cada um dos contratantes. E esse descobrimento de obrigações implícitas, como esclarece Cláudia Lima Marques, “pode ocorrer tanto quando o contrato nada menciona (ausência de previsão), como quando o contrato prevê justamente o contrário, tentando exonerar o fornecedor dessas obrigações através de previsões contratuais expressas. Neste último caso, a tendência atual da jurisprudência consiste em proibir a exclusão de tais “obrigações implícitas” através de previsão contratual, que será então considerada nula”<sup>9</sup>. A análise da natureza do contrato, por sua vez, permitir-lhe-á a visualização dos deveres essenciais naquele tipo contratual.

Vejamos, então, algumas cláusulas já identificadas na jurisprudência como abusivas, o que nos proporciona uma clara visão da atuação do Judiciário no controle das relações contratuais de consumo.

Embora nem todas as linhas jurisprudenciais encontrem-se pacificadas, podemos dividir as cláusulas abusivas nos seguintes grupos:

<sup>9</sup> Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 2a. ed., RT, p. 287.

- a) cláusulas que limitam ou excluem a responsabilidade contratual do fornecedor. Nesse grupo encontram-se as cláusulas de indenização limitada ou tarifada, as cláusulas de decaimento, as cláusulas de limitação da responsabilidade em contratos de prestação de serviços médicos e de saúde, etc;
- b) as cláusulas que impedem ou dificultam o acesso à Justiça, entre elas a cláusula de eleição de foro, de arbitragem e relativas à distribuição do ônus da prova;
- c) as cláusulas atípicas de remuneração. Nesse grupo encontram-se as que estabelecem remuneração variável, as que conferem ao fornecedor o poder de estabelecer índices de correção monetária ou de juros de forma unilateral;
- d) cláusulas de “deliberação do vínculo contratual”, como as que estabelecem o poder unilateral de resolução, renovação, rescisão, denúncia, etc;
- e) cláusulas-mandato, que estabelecem poderes ao credor (fornecedor) para assumir obrigações em nome do devedor ou fazer líquida a dívida sem participação deste;
- f) “cláusulas-barreira, que são aquelas que estabelecem condições excessivas para o exercício dos direitos contratuais do fornecedor, que terminam privando-o desses mesmos direitos.

## A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA \*

**Francisco Dário Mendes da Rocha**  
Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Prof. de Introdução ao Estudo do Direito II e de Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco.

Em primeira preliminar quero esclarecer que, convidado a proferir palestra sobre “Deontologia Jurídica”, neste Curso de Aperfeiçoamento para Magistrados em Processo de Vitaliciamento, nem farei palestra, nem falarei de Deontologia Jurídica. Não farei “palestra” ou “conferência” ou preleção qualquer que implique pompa e circunstância; peço vênias para apenas promover um exercício de meditação sobre aspectos deontológicos essenciais, fundantes talvez de uma praxiologia ética do juiz. Não tratarei, por outro lado, de “Deontologia Jurídica” porque, no meu conceber, inexistente uma Deontologia do Direito. Vejamos: a Deontologia (enquanto estudo dos deveres) e a Diceologia (enquanto estudo dos direitos) são partes complementares da Ética. Ora, a Ética, enquanto Deontologia ou Diceologia – e isto já está insito em Aristóteles – é por definição o conjunto de princípios que regem a conduta, não toda e qualquer conduta intersubjetiva (que seja, objeto do Direito, conforme Cossio), mas tão-só as condutas funcionais. Como, com base no

\* Palestra Proferida Na Escola Da Magistratura De Pernambuco, Em 31/03/97, Para Juizes Em Processo De Vitaliciamento.

Direito (enquanto ciência, técnica, arte ou prudência), distinguem-se diversas atividades funcionais, cabem no jurídico diversas deontologias paralelas, aplicáveis, cada uma delas, a cada uma dessas funções. Destarte, parece-me destituída de sentido a expressão Deontologia Jurídica, existindo, “*verbi gratia*”, entretanto, a Deontologia do Advogado, a Deontologia do Promotor, a Deontologia do Magistrado.

Restrinjo, com essa preliminar, a responsabilidade de minha fala e a amplitude do meu discurso para, assim, apenas meditar sobre aspectos da ética do magistrado. O que faço com orgulho por aqui estar, embora com humildade socrática por não estar à altura de aqui estar.

Em segunda preliminar, gostaria de dizer que, há tempos, dentro de minhas preocupações e elucubrações, respeitantes à Filosofia do Direito em geral e à Ética Profissional em particular, venho procurando estabelecer correlações de caráter não apenas circunstancial entre a Teoria Geral da Norma, a Axiologia Jurídica, a Hermenêutica e a Deontologia.

No plano da razão teórica tenho tentado inferências ao plano da razão prática, sendo a Deontologia um dos desaguadouros, o mais rico, talvez, desse exercício holístico, na medida em que ela, a Deontologia (ciência prática, na classificação epistemológica de Aristóteles) opera no campo da inserção de cada um em sua circunstância têmporo-espacial, mas projeta fagulhas para espaços outros e outros tempos. O que, portanto, não implica dizer que o compromisso ético-profissional ou deontológico do juiz não se circunscreve tão-apenas ao seu tempo-espço porque, espraiando o olhar sobre o futuro, cada um há de perceber que a sua conduta transcende a sua circunstância, para assumir conotações transgeracionais. Ter disso consciência e fazer disso voz e gesto é prolegômeno inelutável a uma perspectiva teórica e a uma práxis ética.

Ainda a título de base teórica, quero frisar que, ao ocupar-me e preocupar-me com a temática deontológica em geral e à deontologia do magistrado, sigo alguns referenciais que assim posso resumir:

- a) Quando Bentham, em sua obra “Deontology or Science of Morality”, publicada postumamente em 1934, introduziu na nomenclatura filosófica a expressão “Deontologia”, buscou designar, numa definição de caráter nominalístico, o estudo ou conhecimento daquilo que é devido ou conveniente. Daí, como “*jus et obligatio correlata sunt*”, à Deontologia (moral dos deveres) Dechambre acrescentou o Diceologia (moral dos direitos). Ora, ocorre que o neologismo de Bentham, à luz de análise real e não apenas nominal, tinha um conteúdo marcadamente utilitarista, significando a moral fundada na tendência de perseguir o prazer e fugir da dor. Logo, a Deontologia teria por objetivo o próprio bem-estar do agente. Entretanto hoje, pelo menos desde Rosmini, a Deontologia diz respeito à conduta própria de uma profissão. E, se assim é, o profissional do Direito está ontologicamente vinculado à essência do Direito, que é uma essência ético-valorativa;
- b) Ligar-se o operário do Direito à sua essência importa em alijar da perspectiva ontogenológica do Direito uma visão apenas normativa (Faço um parêntese para dizer que mesmo Kelsen, ao assumir o seu purismo racional-normativista, fê-lo apenas como processo, metodologia, abordagem científico-logicista). Pois bem: o Direito – quem o diz é Cossio – não

é normativo porque o seu objeto seja a norma, mas porque estuda o seu objeto (as condutas) à luz das normas. Destarte, no estudo das condutas entrelaçantes, é inelutável que a norma, enquanto juízo de dever ser, assuma um caráter axiológico, sendo, portanto, um juízo de valor. Ora, a função judicante é a função de interpretar e aplicar normas ou, nas lacunas lógicas, integrar o Direito. Mas atente-se – não aplica o juiz as normas, ou não as cria (no caso de sentença constitutiva), apenas por aplicá-las ou integrá-las. Este processo interpretativo/aplicativo tem, obviamente, uma teleologia. A perspectiva da função judicante há de ter essa visão finalística (vide, a propósito, a identificação disso com o “querer vinculatorio, autárquico e inviolável” de Stammler – querer aí utilizado em senso lógico, como regra de finalidade);

- c) Evidencia-se, portanto, o caráter axiológico do Direito – quer seja como essência, quer seja como finalidade da norma – o que importa dizer que o compromisso ético-profissional do juiz não é com a norma, enquanto juízo lógico, mas com a norma enquanto qualificada pelos valores jurídicos: ordem, segurança, paz, poder, cooperação, solidariedade e, sobrepassando a todos os valores, como a síntese e o resultante de todos, o valor justiça. Logo, “*ultima ratio*”, o compromisso do juiz é com a justiça. E assim é porque o juiz não é apenas um técnico que cultua valores lógicos, buscando a eficiência; é sobretudo um compromissado com a justiça, logo cultua valores éticos, buscando a convivência. O supremo dever do juiz, a síntese de sua função ética, o

resumo de sua deontologia é fazer justiça, buscá-la por quaisquer meios, sacrificar-se por ela e, sem drama, se necessário imolar-se por ela. Isto é a essência deonto-axiológica do ser juiz.

- d) Estas meditações sobre o “ser juiz”, na visão deonto-axiológica, não negam, em face da sua racionalidade filosófica, os aspectos míticos do “ser juiz”. Míticos, frise-se, não no senso tradicional do termo: o de “*mythos*” como domínio do erro e da não-verdade – que os filósofos gregos opunham a “*logos*”, isto é, ao discurso ordenado que traduz a própria lógica das coisas. A função judicante é mítica na moderna acepção sócio-analítica que lhe empresta Jung, em que mito vem a ser o recurso para o reencontro de valores e diretrizes de uma sociedade. Ou, o que também é possível, uso a palavra mítico em sua significação semiológica, ao modo de Barthes, em que mito é denotativo de um sistema de significações ou de uma mensagem. Destarte, em síntese, o “ser juiz”, enquanto realizador dos valores jurídicos, é também, onticamente, uma função de mito, referência, paradigma, luz que ilumina o agora e cujos raios indicam caminhos do amanhã.

Poderiam tais meditações teóricas ser efetivamente embasantes de um plano objetivo e operacional que se traduza em preceitos para a vivência/convivência do juiz e sua ação profissional? Obviamente sim e isto, conquanto com diversidade de perspectivas, tem sido feito por deontólogos velhos e novos, em forma de normas jurídicas ou códigos éticos ou sob a forma de decálogos e conselhos.

Em primeiro lugar, cabe referir que a Constituição Federal em vigor, em seu art. 93, prevê que Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura. Enquanto não tomar o Supremo iniciativa de encaminhamento de novo Projeto, vigora, por recepção, a atual Lei Complementar nº 35, de 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional que, em seu artigo 35 explicita oito obrigações éticas do Juiz, as quais não repito aqui porque, obviamente, conhecidas de todos. Embora o ante-projeto do novo Estatuto repita, com poucos acréscimos, os deveres contidos na Lei Orgânica atual, a mim parece mereceriam uma análise crítica por ser óbvio que:

- a) alguns dos preceitos, por serem mais restritos, estão contidos em outros;
- b) alguns preceitos têm caráter puramente administrativo;
- c) alguns preceitos não são típicos do magistrado;
- d) alguns preceitos são de natureza apenas ético-social e não ético-judicial.

Não pretendo entretanto, agora, demonstrar a procedência de tais críticas. Mas basta ver sua “insuficiência” ou “inadequação”, pelo fato de autores sem conta virem tentando compor decálogos ou outras listagens de “mandamentos” do Juiz. Dos mais famosos é o decálogo de Juan Carlos Mendonza, que assim enuncia as normas do dever-ser deontológico do magistrado: Sê honesto, sê sóbrio, sê paciente, sê trabalhador, sê imparcial, sê respeitoso, sê justo, ama o Direito, sê independente, defende a liberdade”.

Nada tenho contra essas listagens que me soam, entretanto, como exercícios catequéticos, provavelmente úteis. Mas a mim interessa outra abordagem da questão

deontológica, que se dirija mais à “*raison raisonable*”. Deixo de lado, pois, os catecismos (embora úteis), para adotar conclusões que exigem de cada um exercício mais consistente, não de mera adesão acrítica, mas de consciência crítica da função judicante. Tomemos, exemplificativamente, algumas conclusões a que a meditação deontológica incita! São deveres deontológicos do Juiz:

- a) o dever de que o seu saber se integre de conhecimento jurídico em sua projeção de lei (isto é de norma instrumental) e de Direito, em sentido amplo (na sua acepção científico-filosófica, abrangendo, entre o mais, a Teoria Geral do Direito, a Axiologia e a Hermenêutica);
- b) o dever de conhecimento extra-jurídico, composto especialmente das ciências auxiliares do Direito, muito especialmente a Economia, a Sociologia e a Antropologia, posto que, como dizia Carnelutti: “não fale Direito àquele que só sabe Direito”;
- c) o dever de conhecimento completo do caso que julga, analisando-o em visão contextual e holística. Isto implica renúncia ao dogmatismo positivista exagerado, às formas e fórmulas que se esgotam em si mesmas;
- d) o dever de diligenciar, em presidindo o feito, a agilização processual, pois que justiça tardia não é justiça. Isto não implica confundir quantidade com qualidade e, em busca de satisfazer estatísticas, julgar açodadamente;
- e) o dever de irrepreensibilidade que importa em conduta inatacável, em ser exemplo social, paradigma, referência;

- f) o dever de independência, em face das pressões externas de vária natureza e até mesmo em face de pressões decorrentes da própria formação religiosa ou ideológica;
- g) o dever de imparcialidade e retidão frente ao rico ou ao pobre, ou ao racionalismo e ao sentimentalismo exagerados, o que importa em um treinamento para a “*prudencia*”, para o exercício da “*aequitas*” – enquanto justiça “*in concreto*”;
- h) o dever de saber que o ideal de sentença justa (e não só legal) é realizável, na medida em que se eleve a consciência do justo, na medida em que se tenha a tarefa judicial com a via por excelência destinada à investigação da verdade e distribuição da justiça, sabendo-se que, como diriam os escolásticos, “*verum et justum convertuntur*”, ou como se diz modernamente: a dogmática não exclui a zetética;
- i) o dever de não ter a si mesmo como um mero expectador social, mas de se saber gestor de normas que, por regularem condutas em interferência intersubjetiva, modulam a realização da convivência, canalizam atos.

Estes e outros deveres deonto-axiológicos do juiz não são coisas que se traduzam em vivência fácil, embora, por outro lado, não se possa exigir do juiz, como de nenhum homem, que ele transcenda a natureza humana, plasmada em barro precário. Não é fácil ser um juiz na plenitude ética da sua função porque, muitas vezes lhe espera a incompreensão dos próprios colegas; a solidão, na medida em que o ato de julgar é ato solitário e, tantas vezes, doloroso; as dificuldades, inclusive financeiras que,

por questões internas do próprio Poder Judiciário, e às mais das vezes em razão de incompreensões externas, são pedras que se põem no caminhar do juiz; a angústia das responsabilidades de pôr e impor a justiça distributiva e a comutativa, no seu eventual conflito com a justiça legal; a velada adulação dos que ganham a causa e a depreciação dos que a perdem: a pressão dos poderosos e a incredulidade dos fracos; o prejuízo laico de comunicadores que, indiretamente, vendem do juiz a imagem de venalidade ou de prepotência ou de ignorância ou de interesse pessoal escuso; o labor diário que exige concentração e estudo, às vezes tedioso e rotineiro, a dever contudo compatibilizar-se como uma vida social participativa; a vida austera, verdadeiramente sacerdotal: o sacerdócio de fazer justiça, mesmo quando injustiçado.

Pelo visto, não sou infenso à análise pragmática do que se convencionou chamar de “regras da experiência” do magistrado. Apenas não incluo entre estas aquelas regras (eu diria melhor, normas) que são desideratos de todos os profissionais e não características (ou seja, do próprio caráter) do magistrado. Ou aquelas outras que são meras normas sociais da “*consuetudo*” civilizada, ou são normas de cunho administrativo.

Senhores: o problema somos nós! O maior problema da justiça como instituição, é o homem que a integra. O maior problema do homem que integra a instituição justiça, é saber fazer justiça... muito mais do que saber fazer carreira. Por isso é de se perguntar sempre: o que o judiciário, enquanto corpo estruturado de juizes, pode fazer para fazer justiça e, assim absorver tensões e dirimir conflitos? Basta que sejam os juizes exegetas (frequentemente formalistas e gramaticais) de uma legislação em grande parte anacrônica, em boa medida elitista e forjada à luz do arcaico individualismo jurídico? Ou podem os juizes arvorar-se de uma

função maior e ter uma visão e uma hermenêutica “*praeter legem*” e eventualmente até “*contra legem*”? A resposta tem complexidade tamanha que hoje não se debatem, mesmo nos meios acadêmicos, apenas questões como, por exemplo, a supremacia ou não da teoria unificadoras do Direito, a de Kelsen ou a de Cossio, sobre as clássicas posições de um Windscheid (na Teoria da Vontade) ou de Hering (na Teoria do Interesse). Isto é, mera análise epistemológica... mas a grande crise do Direito hoje (e crise é sobretudo necessidade de mudança), a grande crise situa-se no plano do dogmatismo positivista tradicional, de um lado, frente a uma visão crítico-realista, na perspectiva de uma “jurisprudência sociológica”, do outro lado.

Aproveito o ensejo para me situar, rapidamente, nisto que considero a grande questão de fundo deontológico do Direito, em sua relação com o hoje social. Em trabalho que escrevi recentemente situei-me perante essa questão, intitulado o texto escrito para “Escola da Advocacia”, do OAB, de “Considerações digressivas e nem sempre ortodoxas de como e porque ser e não ser alternativo”. Quero aqui em síntese talvez pouco compreensível em face da complexidade do tema, resumir o meu pensamento sobre esse problema hoje tão reiteradamente colocado:

1º) Não vejo inconveniência ética ou científica em admitir que o Direito, ao lado do aspecto dogmático (do *dokein*), que se embasa na inegabilidade dos pontos de partida, no “*non liquet*”, no monopólio estatal do “*jus discere*”, ou até numa mal disfarçada ideologia dominante, seja também, o Direito, visto sob o aspecto zetético (do *zetein*), numa tentativa mais de pergunta que de resposta, mais de crítica que de dogma, mais de verdade que de apenas validade.

2º) Não vejo inconveniência em se posicionar o jurista ou o operador do Direito no plano do denominado “Positivismo de Combate”, plano do “Instituído Negado”, que visa “*primum omnium*” dar eficácia a normas já criadas, conquanto não tornadas eficazes, em face dos interesses preponderantes dos que, em muitos casos, mesmo tendo legitimidade de origem (por exemplo, em face de terem sido eleitos) perdem a legitimidade de exercício (porque se voltam à defesa de interesses particulares, cartoriais ou grupais).

3º) Não vejo inconveniência em situar-se o estudioso ou o praticante do Direito, dentro da corrente do “Uso Alternativo do Direito”- que é diverso do “Uso do Direito Alternativo”- uma vez que o uso alternativo do Direito está no denominado “Plano do Instituído Relido” que toma a “*aequitas*” (Justiça do caso) como objetivo e busca reler a norma para buscar a justiça por via da interpretação ou da integração.

4º) Não vejo, mesmo, inconveniência em que se posicione o juiz no chamado “Plano do Instituído Negado”, mormente quando, esse plano, engaja-se no denominado “Jusnaturalismo de Caminhada”, adotando como iluminação de seu ato judicante o plexo axiológico jurídico e a supremacia de um Direito Natural sobre o Direito Posto, seja esse Direito Natural de conotação teológica (ao modo da Patrística), seja de conotação laica (ao modo do Tomismo), seja um jusnaturalismo moderno, à maneira do neocriticismo ou da neo-escolástica ou mesmo do jusnaturalismo formal (tanto do meu agrado) que vê o Direito Natural como o sentimento básico do dever ser justo. Direito, pois, que, na prática, como diria Villey, é um justo meio para um justo fim.

5ª) Só não admito o “Direito Paralelo” ou “Direito Alternativo *stricto sensu*”, por cindir ele a própria unidade do judiciário (sempre uno em sua diversidade) e porque, no meu sentir, carece de consistência lógica, do mínimo de objetividade ético-axiológica e mesmo axiológica, ensejando a possibilidade operativa de implantar, embora de boa fé, um dogmatismo às avessas que resulta em arbítrio, subjetivismo e tirania judiciária, pela adoção sistemática do “*contra legem*”.

De qualquer modo, parece-me que da “*Critique du Droit*”, na França, ao movimento alternativo brasileiro, há de se tirar para a meditação ética, gnoseológica, epistemológica, axiológica e hermenêutica do Direito, no Brasil, algumas conotações utilíssimas. Tais, por exemplo, na prática jurídica, a dicotomia inaceitável entre regra e exceção, a ficção da isonomia, os esquemas de boas relações e trocas de favores, o jeitinho de esconder sob os sofismas do formalismo a negação da justiça, a corrupção (a grande e a pequena), a impunidade, o clientelismo, as formas várias de procrastinação do feito, o estruturalismo às vezes ficto do judiciário.

Valem tais considerações, mesmo se digressivas. Porque tudo vai ao encontro da razão de falar sobre Deontologia: até que ponto a magistratura brasileira tem realmente consciência do caráter alopoiético ou seja, carente de autopoiese, do Direito aqui aplicado; até que ponto cada um de nós é um autômato processualista que se deleita no adjetivo procedimental e esquece, com a consciência limpa dos inconscientes, a substantiva vocação do Direito para a Justiça? Há crise? Ora, o inferno são os outros. E, enquanto isto, até que ponto somos omissos, amparados sob uma inexistente neutralidade; até que ponto somos silentes, ao amparo de uma falsa serenidade que representa apenas a perda da capacidade de in-

dignação; até que ponto somos covardes, sob a falsa desculpa de que somos isentos.

Creio que a crise do momento – em que se pretende mesmo, como solução, um tal do controle externo do judiciário – exige meditar e meditar não mais sobre mesquinhas e não tanto sobre detalhes técnicos procedimentais ou rigores epistemológicos, mas sobre a essência de nossa atividade judicial. Vejo, com apreensão, que em geral os encontros de profissionais do Direito e o próprio ensino do Direito, continuam priorizando uma temática tradicionalista e tecnicista, deixando de lado os principais objetivos de uma política hermenêutica e axiológica e de uma política judicial. Não nos reunimos para responder a questões como: Quais são, neste país de muitas especificidades, os critérios para a adequação do Direito e do Judiciário às mudanças que se operam nos planos econômico, social e cultural? Quais os caminhos possíveis, endógenos e exógenos, desse processo de atualização? Como compatibilizar, hoje, a necessidade de uniformidade (vale dizer de equidade), com a consciência e ciência do juiz? Quais os limites da ação dos magistrados para restaurar a universalidade do direito positivo, numa sociedade de excluídos que não têm sequer o direito de cumprir com o próprio dever? Que temos nós a ver com o impacto da globalização econômica? Como nos posicionamos em face dos mecanismos auto-regulatórios, frente à necessidade de manter o monopólio de nossa atuação judicante? Quais são os nossos reais objetivos, ante a alopoiese do mesmo Direito estatal presente e o dever de equidade? Que metas temos, como Poder? Como nos inserirmos com maior eficiência e eficácia na realidade que prospectivamente nos aguarda? Como sermos fiéis ao nosso tempo e assumirmos concomitantemente uma responsabilidade que é transgeracional? Como percorreremos, com eficiência e eficácia o caminho que vai da eidética

à aporética do Direito, ou seja, sairmos do mundo das essências (do eidos) ao mundo dos problemas ou da aporia?

Senhores Juizes: não basta uma Deontologia de livros cujos autores – em geral são acadêmicos (no que não vai crítica, porquanto eu próprio sou professor de Direito) – não basta uma Deontologia estática, de perspectiva miúda que dá importância à gravata e não à alma, à forma e não à matéria, à tradição e não à necessidade, ao que foi dito em pré-julgado de antanho e não às emergências e insurgências, ao “certo” formal e não ao justo. Prezados Juizes: queremos ser éticos sem base, apenas bons meninos? Ou queremos ser homens bons, porque justos, conscientes de que a dignidade de nossa missão exige a perfeição possível e a consciência plena de que somos construtores de manhãs e amanhãs? A resposta está na alma de cada juiz que tenha a alma sacerdotal de juiz.

Tomou, para terminar, palavras oportunas do insigne Carnelutti:

*“Os juizes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quer que os crentes percam a fé.”*

## DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988\*

Fabiano André de Souza Mendonça  
Mestrando em Direito na UFPE

### SUMÁRIO

1. A Lei como limitação.
2. Os fundamentos da Legalidade.
3. Legalidade e Democracia.
4. Legalidade e Tributação.
- 4.1. A Reserva de Lei.
- 4.2. A exigência de Lei formal.
5. Medida Provisória e Estado de Sítio Tributário.
6. Bibliografia.

### 1. A Lei como limitação

A Legalidade é algo que já há séculos permeia a mente do jurista. Desde o século XVIII que se tornou tão ínsita quanto a idéia de legitimidade. Por vezes, tais idéias chegaram a ser tidas por opostas e até mesmo excludentes<sup>1</sup>. Todavia, hodiernamente tal raciocínio não procede. E, se bem observado o Princípio da Legalidade, ver-se-á que a sua força baseia-se, justamente, na sua capacidade de ser o veículo da Justiça.

\* Monografia apresentada à disciplina Direito Tributário, do Mestrado em Direito da UFPE, Faculdade de Direito do Recife, ministrada pelo Prof. Dr. Hugo de Brito Machado.

1 Fenômeno oposto dá-se na exacerbação da Legalidade culminando com a identificação Lei e Direito.

Desse modo, é imprescindível que se persista na tentativa de buscar a sua essência. Pois é justamente na sua natureza principiológica, no seu fundamento constitucional, que está a sua verdadeira interpretação. Aqui, ater-se-á ao campo de ação do Direito Tributário.

Nesse pensar, a Constituição, como moldura do Estado de Direito<sup>2</sup>, desempenhará papel fundamental. Na verdade, falar em princípio significa falar em início, em bases, assim, a Constituição passa a representar o centro de um sistema, com a função de conter as normas basilares deste. Entendendo-se por princípios, normas especiais, de índole valorativa, que exercem especial função no ordenamento jurídico.

Para tanto, é preciso lembrar que a visão do fenômeno jurídico é complexa. Em verdade, o mesmo permite apreciação por seus aspectos fáticos, dogmáticos e filosóficos. Pois é possível o seu enfrentamento por via de seus aspectos fático-sociais, ou seja, da exteriorização do Direito, através da Ciência Social do Direito. De seu esquema legal de imposição, através da Dogmática Jurídica. E, através de uma explicação apoiada em postulados metacientíficos, por meio da Filosofia do Direito. Portanto, interdisciplinarmente, sem exasperar a importância de nenhum dos aspectos do jurídico, é que se pode bem perceber o Direito em sua dimensão social ético-científica<sup>3</sup>.

É o caso, então, de evitar-se uma exagerada ênfase na lei. O que poderia, no Direito Tributário, assemelhar-se mesmo à mera enumeração de cláusulas contratuais do financiamento do Estado, a estabelecer um caráter obrigacional, com unilateralidade no reajuste, visto que a vontade legislada, apesar de representar o povo, é manifestação estatal.

2 Afonso Arinos de Melo FRANCO, *Direito Constitucional*, p. 66.

3 Cláudio SOUTO, *Ciência e Ética no Direito*, p. 9-18.

Não há que se falar, entretanto, em uma supremacia da Lei com detrimento dos princípios. Pois ambos antes se equivalem, o mesmo ocorrendo com a realidade fática. Em verdade, o que está atuando por trás da norma posta é o arquiprincípio da Legalidade da Tributação<sup>4</sup>.

Este, embaçado por uma cogente necessidade fática, qual seja, uma crescente busca de legitimidade, numa atividade, o poder de tributar, sempre arbitrário, aqui, no sentido de escolha, de decisão. É assim que vai surgir, historicamente, o próprio princípio da Legalidade. Na luta contra o arbítrio e a injustiça. Numa antiga necessidade de legitimidade que justifique uma imposição estatal. Nas palavras de Lopez de Oñate, “o legislador se vale do arbítrio para eliminar o arbítrio”<sup>5</sup>.

A história dos povos está repleta de exemplos acerca do relacionamento do poder de tributar fatos. Do que é grande exemplo no Brasil, respeitadas as demais circunstâncias históricas, a Inconfidência Mineira. De fato, essa face do Poder Público é a que possui maior probabilidade de provocar agradabilidade ou desagradabilidade no meio social. Assim, o princípio da Legalidade surge como uma verdadeira imposição popular. Como colocado na Magna Carta (1215), *no taxation without representation*<sup>6</sup>.

Entretanto, dada a vastidão e os desafios do tema, com o fim de evitar afirmações vagas e desprovidas de maior conteúdo, o tema foi delimitado no âmbito do Direito Tributário na Constituição Federal Brasileira de 1988. Para tanto, também foi especificada a Doutrina a ser trabalhada, de modo que a ênfase recaiu por sobre os escritos tributários, para uma visão sistematizada do tema, com as necessárias incursões no Direito Constitucional e na Teoria Geral do Direito. Ao final do trabalho relacionan-

4 Sacha Calmon Navarro COELHO, *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*, p. 319.

5 Apud Orlando LEITE JÚNIOR, *O Princípio da Legalidade Tributária*, p. 24.

6 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 12.

do-se a literatura específica utilizada, de modo a permitir ao leitor uma verificação do raciocínio seguido.

Assim é que a análise partirá do papel desempenhado pelo Princípio da Legalidade no Sistema Tributário Nacional, da maneira como colocado na Constituição Federal de 1988.

Será essencial nesse intento a visão do Princípio da Legalidade como base de um sistema de Direito Positivo. Como bem dispôs o Constituinte de 88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF 5º, II). Como será visto adiante, é a chamada Legalidade em sentido genérico.

O citado dispositivo consagra o monopólio da produção normativa pelo Estado Moderno, que, em última análise, reflete na própria proibição do *non liquet*. Vale dizer: é a obrigatoriedade de argumentar<sup>7</sup> por sobre bases preestabelecidas, de modo a proporcionar uma unidade, que se pode dizer principiológica a todo o ordenamento jurídico.

Desvinculando-se da identidade entre Lei e Direito, será fundamental o papel daquela como veículo onde repousará este<sup>8</sup>. Assim, é que se mostra importante perquirir a sua atuação como vetor do elemento Democracia para o agrupamento estatal.

## 2. Os fundamentos da legalidade

Falar no Princípio da Legalidade é falar das origens do próprio Estado de Direito. Portanto, seu surgimento está gravado no Liberalismo, o qual adotou os Direitos Humanos como principal fundamento.

Como pensar é repensar as origens, nada melhor do que iniciar por examinar as sementes. Em etapas, vejamos os Direitos do Homem.

7 João Maurício L. ADEODATO, *Filosofia do Direito*, p. 12.

8 Leon Frejda SZKLAROWSKY, *O Princípio da Legalidade*, p. 15.

O Estado absolutista caracterizou-se, entre outros aspectos, pela inobservância de limites em relação ao indivíduo e suas liberdades. O que, paulatinamente, por via de insatisfações, gerou uma transformação nas estruturas do poder, de forma a colocar neste o povo, representado pela burguesia, com a Revolução Francesa, marco desse período.

Todavia, a população não apresenta uma estrutura organizada de exteriorização do poder, como a estatal. Como forma de controlar esse poder surgiu então o Princípio da Legalidade, por via do Constitucionalismo. Em suma, por meio da elaboração de um pacto sócio-político, o poder passava a ser limitado e ter regrado o seu exercício. Um texto passou a servir de limitação ao poder. Sendo bastantes os seus limites. Era um governo de leis, não dos homens e suas paixões.

Nesse ponto, a influência da Tripartição de Poderes de Montesquieu operou decisivo papel. De fato, foi através da separação orgânica dos poderes que primeiro viabilizou-se esse desejo, trazendo a limitação do poder pelo próprio poder. O Estado, assim, deveria submeter-se às leis antes mesmo dos indivíduos, estando a separação adrede disciplinada num texto constitucional.

De chofre, vê-se que falar em *Legalidade* não exclui a Constituição em favor de uma supremacia da lei, colocando a constitucionalidade numa análise separada da legalidade. Pois, Lei e Constituição nem chegam a ser faces da mesma moeda, estando antes do mesmo lado.

Assim, pelo prisma histórico, a legalidade veio a consagrar a existência do indivíduo perante o Estado. O cidadão passa a ser visto como detentor de direitos e liberdades oriundos de um pacto social.

Portanto, como se observa, o Princípio da Legalidade é de indefectível origem democrática. Encerra em si a vontade popular contra a vontade de um ou de um grupo isolado.

Daf a sua constante identificação com a Lei. A Legalidade gera o Estado de Direito, mas, da mesma forma que Lei e Direito não se confundem, nem todo Estado será Estado de Direito. Por esse prisma, a Lei é apenas um instrumento para o uso da força.

Mantidas as idéias que permearam o surgimento do Princípio, não é de se admirar a sua identificação imediata, da Legalidade, com a Lei em sentido formal. À época, era o instrumento por excelência da Democracia. Da vedação do arbítrio. Colocando-se o Poder Legislativo num patamar superior com relação aos demais.

Porém, em verdade, o que ocorre não é a transmissão da soberania popular apenas para o Parlamento. Pois este já a recebe da Constituição. Esta sim, a repositária maior de tal atributo, o qual é comunicado aos “poderes” do Estado. Melhor seria dizer *funções* estatais. Visto que o poder é uno, sendo exercido de diferentes maneiras por diferentes órgãos. Sempre com vista a elidir o arbítrio. Este um ponto a ser continuamente lembrado: o arbítrio e suas conseqüências, notadamente, a insegurança.

É com esse raciocínio que se vê o Poder Legislativo enquadrar-se como uma das formas de exercício do poder, devendo prestar reverência às normas encartadas na Constituição. Assim, não há que se falar em supremacia diante dos outros poderes, visto que são todos vassallos do mesmo senhor. Nessa visão, é que se mostra importante a interdependência entre os mesmos e a autonomia no exercício das respectivas atribuições (Constituição Federal de 1988, artigo 2º).

### 3. Legalidade e democracia

O caráter principal que pauta o surgimento desse esquema escrito de imposições é, como já apontado, a sua origem *consentida*. Daf, inclusive, poder falar-se em *relação jurídico-tributária* e não simplesmente *relação*

*de poder*<sup>9</sup>. Pois o tributo, a Lei, passa pelo crivo do representante popular. Tanto no Parlamento, quanto na Constituição. O Tributo será *democrático*. Daf, em via de conseqüência, sua imposição terá por base a *heteronomia* da norma jurídica<sup>10</sup>. Ela impor-se-á independentemente da vontade do sujeito. Tudo sob o fundamento central de respeito à ordem *democrática*. O que afasta um possível formalismo.

Aqui surge, portanto, uma primeira questão a ser resolvida: em que consistirá a Democracia da Legalidade? Tal questão mostra ainda mais a sua força acaso seja observado até que ponto a Democracia inspira a Legalidade.

Afonso Arinos coloca a Democracia como sendo a conjugação de dois fatores: *legitimação dos governantes* e a *limitação da autoridade*. Este, manifesta-se, principalmente, pela limitação do poder pelo próprio poder, protegendo o indivíduo do arbítrio. Aquele fator aponta para a segurança advinda do respeito à legalidade.

Como se pode notar, numa clara alusão da Democracia como observância da vontade legislada, fruto da maioria. Note-se que aqui não se falará na legitimidade em si, o que reclamaria o devido aprofundamento, mas sim em Democracia como governo da vontade da maioria da população.

Todavia, há uma fator que impende ser analisado, com vista a limitar a vontade da maioria. É a chamada Democracia Social, produto do reconhecimento pelo Estado Moderno da geração social de direitos humanos, da dignidade do cidadão enquanto pessoa. Os quais, positivamente reconhecidos no texto constitucional, dão nova feição ao caráter democrático antes exposto<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Hugo de Brito MACHADO, *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*, p. 7 e segs.

<sup>10</sup> Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, p. 49.

<sup>11</sup> Afonso Arinos de Melo FRANCO, *Direito Constitucional*, p. 71 e segs.

Continuando na questão, o que é Democracia para a Legalidade? A Constituição fala em uma legitimação pela busca do bem comum<sup>12</sup> (CF 1º, parágrafo único; 3º, IV). O fator democracia provirá de uma Constituição que comunique essa característica ao ordenamento. Portanto, a legalidade, como vedação do arbítrio, que seria uma afronta ao próprio Direito (aqui a legalidade coloca-se como avalista do Direito, como instrumento que é deste), deve ser a redução da norma aos preceitos constitucionais, à preexistência de uma norma. Neste ponto, rendendo homenagens à *unicidade* do ordenamento jurídico. Todavia, enquanto este atua no campo da solução das antinomias e na caracterização do ordenamento, a legalidade atua no campo da permissibilidade normativa, ou seja, no respeito a critérios pré-fixados para a legalização de determinado ato.

O homem só prestará reverência a uma norma se esta estiver de acordo com as regras do jogo.

Nesse prisma, vê-se que os paradigmas do atual Estado Intervencionista diferem daqueles fixados para o Estado Liberal no século XVIII. Portanto, não apenas o Legislativo poderá inovar na ordem jurídica, mas também o Executivo e o Judiciário. Numa concepção, já dominante, de que qualquer ato jurídico implica, necessariamente, também a criação de uma nova norma jurídica<sup>13</sup>. É a *supremacia da vontade legal*, no sentido de acordo com a estrutura normativo-sistêmica. O que põe por terra a idéia da Lei, em sentido formal, como única fonte do Direito. Pois os fatos criam este, apenas variando a sua forma<sup>14</sup>.

12 Cf. Otto BACHOF, *Jueces y Constitución, passim*, acerca da busca do bem comum como fundamento da atuação democrática do Estado.

13 Cf. Norberto BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico, passim*. Pontes de MIRANDA, *Poder Legislativo*.

14 Cf. Norberto BOBBIO, *ob. cit.*, Ivo DANTAS, *Constituição Federal*, p. 14, e Cláudio SOUTO, *Ciência e Ética*, p. 7, a título exemplificativo.

### O fator segurança.

É preciso agora que se examine até que ponto o Princípio da Legalidade vincula-se com a busca de uma certeza jurídica e em que sentido a mesma pode ser entendida. A norma, utilizando-se este termo como vontade dirigida à conduta alheia<sup>15</sup>, vedará o arbítrio na medida que for clara, em que for certa. Assim, proporcionará a devida segurança, limitando comportamentos e prevenindo abusos<sup>16</sup>. Principalmente, no âmbito das liberdades públicas, onde se situa o presente trabalho.

Pois em tendo o Direito o papel básico de conformação de expectativas de conduta, possibilitando a vida social, ele agirá, primordialmente, no plano das liberdades, por via repressiva<sup>17</sup>. Vale dizer: todos poderão agir da maneira que a lei disciplina, sendo que, ao infringir os limites que lhes são postos, sujeitam-se à repressão estatal da conduta desviante.

## 4. Legalidade e tributação

### 4.1- A reserva de lei

Se for pensado o Direito Tributário como a regulação da “instauração, da existência e da extinção da relação jurídico-tributária”<sup>18</sup>, vê-se logo que o estudo do Princípio da Legalidade, transposto para os domínios da tributação, prender-se-á à análise da obrigação tributária. Pois a relação jurídico-material tributária é o conjunto de obrigações mútuas (característica da bilateralidade-atributividade do Direito) que tem por objeto o tributo.

15 Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p.5 e segs.

16 Orlando LEITE JÚNIOR, *O Princípio da Legalidade Tributária*, p. 14-5. Celso Ribeiro BASTOS, *Princípio da Legalidade*, p. 22-3.

17 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 34-5.

18 Eduardo Marcial Ferreira JARDIM, *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, p. 08.

Assim, o Princípio da Estrita Legalidade ou da Legalidade Tributária ou da Reserva Legal manifestará sua força no nascimento da obrigação tributária. Ou seja, o fato gerador deverá estar previsto em lei.

Dáí deriva que o tributo não pode ser criado por um ato de vontade qualquer, este deverá ser legalmente qualificado. De modo que a simples vontade do Administrador ou uma confissão de dívida da parte não tem o poder de criar o tributo. Apenas fá-lo-á, se a Lei assim o dispuser.

A expressão lei poderá conter em si diversas significações. Relativamente à fonte, poderá ela ser material ou formal. Será material quando for uma norma advinda do procedimento competente, porém, não produzida pelo Poder Legislativo, dáí ter apenas a característica de hipoteticidade. Lei em sentido formal é aquela emanada do Poder Legislativo por via de procedimento apropriado. Note-se que tanto poderá haver lei meramente em sentido material como lei meramente em sentido formal<sup>19</sup>.

Outra classificação diz respeito ao grau de determinação de conduta exposto na lei, pelo que será ela classificada em absoluta ou relativa. Na absoluta, o comando legal basta-se o suficiente para não reclamar complementação de suas disposições pelo Poder Executivo, no caso da matéria tributária. A relativa é quando a norma está a abranger parcialmente a conduta visada, reclamando complementação normativa. Àquele chamar-se-á de Reserva Legal e a este de Legalidade, como característica geral do ordenamento. Na Reserva de Lei Formal vê-se uma atenção com a essência do ato, a impor condições para a Administração intervir em direitos individuais<sup>20</sup>.

Antes de se expor a atuação dessa reserva de lei formal no Direito Tributário Brasileiro, invocar-se-á a

19 Hugo de Brito MACHADO, *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*, passim. *Idem*, *Curso de Direito Tributário*, p. 51-3.

20 Celso Ribeiro BASTOS, *Princípio da Legalidade*, passim.

enumeração de Ruy Barbosa Nogueira acerca das espécies normativas admitidas por tal conformação da Legalidade como fontes primárias da mesma, a saber: Emenda Constitucional, Lei Complementar, Lei Ordinária e Medida Provisória.

A reserva de lei manifesta-se, de início, no momento em que, sendo o crédito tributário de idêntica natureza à obrigação tributária, é necessário que o lançamento pormenorize a obrigação. Reconhecendo o fato gerador, de maneira administrativamente vinculada, dizer qual a base de cálculo, o valor do tributo, quem é o sujeito passivo da obrigação, se for o caso, propor a penalidade cabível (Código tributário Nacional – CTN, art. 142), determinando, ainda, a forma e prazos de pagamento ou outro modo de extinção do crédito tributário. Desse modo, já que a obrigação tributária é de base legal, como a sua aparição no mundo dos fatos, capaz de ser materialmente exigida, fugirá à mesma base impositiva legal? Não o poderá como não o pode a construção de uma casa exigir um planejamento, uma planta, e não segui-la a não ser para informar que será construída uma casa.

Todavia, é preciso que se identifique o que significa falar em *mesma natureza* para a obrigação e para o crédito tributários, como o faz o Código Tributário Nacional (artigo 139). Entendendo-se que desde o fato gerador inicia-se a relação jurídica, tendo fim apenas com, por exemplo, o pagamento do crédito tributário, surge uma apreciação a ser feita. Para tanto, utilizar-se-á a expressão *obrigação tributária* para designar esse *iter* jurídico. Portanto, obrigação tributária, em sentido estrito, e crédito tributário são aspectos da mesma figura jurídica. Vale dizer: são transformações que a obrigação tributária sofre de acordo com o grau de determinação<sup>21</sup> que a mesma sofre.

21 Cf. Celso Ribeiro BASTOS, *Princípio da Legalidade*, onde o Autor coloca a distinção entre os Princípios da Legalidade e da Reserva Legal no grau de determinação jurídica da obrigação a ser criada.

Conforme ela vai se tornando mais especializada e factível. Daí, a obrigatoriedade da atividade do lançamento ser totalmente vinculada. É o lançamento quem individualiza a obrigação tributária e cria o crédito tributário. Assim, falar em idêntica natureza equivale a falar em mesma origem e, conseqüentemente, em idênticas vigas mestras a serem seguidas.

Assim reconhece a Jurisprudência<sup>22</sup>, ao admitir a revisão de ofício do lançamento tributário por erro de fato ou de direito. Por ser meramente declaratório da obrigação tributária e em decorrência do princípio da Legalidade. Se a obrigação extingue-se juntamente com o crédito (CTN 113, § 1º), melhor seria dizer que desaparecem os seus vestígios, é porque ela continua a influenciar o surgimento do crédito. Daí o mesmo não poder fugir ao princípio da Legalidade. É a concretização da obrigação.

O que mais ainda se justifica quando se observa que, sob pena de responsabilidade funcional, a autoridade administrativa apenas pode alterar-lhe por expressa autorização legal. De fato, sua cobrança é feita por atividade administrativa plenamente vinculada (CTN 3º).

É preciso, ainda, notar que a segurança proporcionada pela legalidade absoluta favorece os investimentos econômicos. Ora, a justificação mesma da extrafiscalidade tributária, indissociável de qualquer tributo, é a natureza intervencionista do Estado Moderno, que busca proporcionar uma melhor qualidade de vida à população por meio da intervenção nas relações econômicas, tornando-as não só humanas, como produtivas, isto é, de modo a proporcionar progresso econômico individual e grupal, de maneira que tal atividade revela-se dependente incorrigível da segurança

22 Exemplificando, v. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *Código Tributário Nacional Interpretado*, p. 89.

jurídica. As regras devem ter meio apropriado de colocação que permita o planejamento, inclusive, como função estatal prevista no artigo 174 da Constituição Federal, numa defesa até do patrimônio público, que deve ter gastos bem orientados e receitas administradas.

#### 4.2- A exigência de lei formal

Colocadas as linhas gerais acima, pode-se agora analisar o que dispõe a Constituição acerca da criação do tributo. Reza o artigo 150, I, do Texto Maior: “**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça”. Sendo certo que, quando a norma menciona “exigir”, está ínsita a criação do tributo<sup>23</sup>. O que, inclusive, vê-se no artigo 97, do Código Tributário Nacional.

Há duas maneiras de se abordar o tema: uma, é partindo do princípio para o após analisar como dispôs a norma; outra, é analisar a norma primeiro, e apenas depois buscar a sua essência. Utilizar-se-á a primeira opção por ser a que melhor atende a um processo de investigação criativa, sem amarras dogmáticas.

A Constituição, abstraindo seu próprio texto supremo, fala em lei, conseqüentemente, restam, a princípio, apenas duas alternativas: lei ordinária e lei complementar<sup>24</sup>. Ambas devem ser admitidas, visto que a Constituição não faz distinção do uso isolado da palavra, o que pode ser notado da leitura dos artigos 146, III, “c”, e 195, § 4º, dentre outros<sup>25</sup>. As exceções constitucionais ao disposto no artigo 150, I, encontrar-se-iam no artigo 153, §

23 Hugo de Brito MACHADO, *Curso de Direito Tributário*, p. 25-6.

24 Adiante abordar-se-á a temática da Lei Delegada.

25 *Ibidem*, p. 52-3.

1º, onde é facultada a atuação do Poder Executivo em atividades que a reclamam por sua própria natureza. Torna-se válido ressaltar que o Poder Executivo restou bastante limitado em suas atividades normativas pelo atual texto constitucional. De que são exemplos o artigo 49, V, da Constituição Federal, e o artigo 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Para alguns, elevar o Princípio da Legalidade Tributária a tal nível, com patamares equivalentes à Legalidade Penal, seria equiparar a propriedade à liberdade<sup>26</sup>. O importante a ressaltar é que tal raciocínio é de início ideológico e, por isso mesmo, não-científico. Ao cientista cabe analisar a realidade e pô-la a descoberto para que dela se faça o uso que se entender melhor por quem necessitar do dado. Não que se pregue uma impossível neutralidade valorativa. O ser humano não tem como afastar o elemento *sentimento* de suas exteriorizações de pensamento. A questão é buscar *domesticar a ideologia*<sup>27</sup>.

Vale dizer, o direito de propriedade está claramente protegido na sistemática do Texto Constitucional de 1988 como um direito fundamental do homem (artigo 5º, *caput*). Foi uma opção política do legislador constituinte. Porém, se esse fato pode levar a desvios já registrados no curso da história, por meio de uma exacerbação do individualismo, caberá ao jurista fugir do formalismo e enfrentar a questão. Ressaltando que o reconhecimento da insuficiência da declaração formal de igualdade não extingue essa primeira geração de direitos fundamentais, antes impondo relação de entrelaçamento e coexistência com a que lhe seguiu.

26 V, a título exemplificativo, Leon Frejda SZKLAROWSKY, *Medidas Provisórias, acerca da inaplicação da reserva legal absoluta à tributação, diferentemente da Legalidade Penal*.

27 Cláudio SOUTO, *Direito Alternativo, passim*.

Afinal, cabe ao estudioso da Ciência Jurídica trabalhar a norma posta pelo Estado em conformidade com o Direito. Não fugir do seu enfrentamento. Deve buscar legitimá-la. E isso apenas torna-se possível através do seu aprofundamento. Evitando-se, com isso, afirmações vagas e imprecisas. Talvez nenhum outro ponto do estudo jurídico mostre-se tão profícuo a esse estudo quanto a análise do Princípio da Legalidade.

Portanto, em se tratando de direito fundamental individual, impõe-se a reserva de lei em sentido formal. Pois que, por força da formulação do Princípio Democrático, apenas ao Legislativo é lícito intervir nesse campo do pacto social e político representado pela Constituição. Tal fato advém da composição colegiada do Parlamento, própria para a manifestação da vontade popular em constantes deliberações, bem como, visto o fato do Brasil ser uma República Federativa, devido mesmo ao sistema bicameral existente. Daí tocar ao Legislativo, como a função estatal que tem por papel primordial produzir normas gerais e abstratas, a disciplina de tais hipóteses<sup>28</sup>.

Aliomar Baleeiro, em célebre passagem que merece transcrição, regravou: “O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação”<sup>29</sup>.

Falar de tributo é falar na ingerência do Poder Público no patrimônio particular, seja de um empreendedor, de um comerciante, de uma empresa ou não, independente de suas particularidades. O tributo atinge a todos.

Portanto, nessa atividade que se pode dizer representativa, como já exposto, a atividade tributária apenas encontra similar na penal. Excludente direta daquela, pois o tributo não pode consistir em sanção de ato ilícito.

28 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 25-6.

29 Aliomar BALEEIRO, *Limitações constitucionais ao Poder de tributar*, p. 1.

Vem a lei atender à segurança de uma maneira geral. Segurança de até onde se pode ir. De que não será reprimido por determinado ato tomado. De que terá seus direitos respeitados.

Ainda admitindo-se, que um esquema legal rígido não apresenta largas possibilidades de matizar a realidade social<sup>30</sup>, longe está de ser aceita a pregação de uma desobediência generalizada à mesma. A lei deve ser continuamente interpretada, como o são todos os fatos sociais, a fim de melhor adequar-se à realidade. Ela segue uma orientação política, em última análise impressa na Constituição, que deve ser seguida, até os limites de afronta ao Direito, o que poria por terra toda a estrutura estatal. Sem ser fetichista, é reconhecer na lei a democracia.

## 5. Medida provisória e estado de sítio tributário.

O ponto que se revela de aceso ao debate, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, é acerca da utilização de Medidas Provisórias para a criação de tributos. De fato, o artigo 62 da Constituição Federal dispõe textualmente que as mesmas terão *força de lei*. E é com base nesse dispositivo constitucional que o Poder Executivo tem editado diversos normativos de que são exemplo as Medidas Provisórias nº 1.463-2, de 28 de junho de 1996, acerca da contribuição social, e nº 1.506-5, de 17 de outubro de 1996, acerca do Imposto de Renda.

Dividem-se os estudiosos em três grandes grupos identificáveis: os que a aceitam amplamente, como fonte de tributação, da maneira como coloca o ordenamento; os que a aceitam com ressalvas, isto é, apenas para tributos e casos específicos; os que negam o poder inovador tributário da Medida Provisória<sup>31</sup>.

30 Michel CROZIER, *La crise des sociétés occidentales*, p. 21 e segs.

31 Cf., respectivamente, os posicionamentos representativos de Leon F. SZKLAROWSKY, Hugo de B. MACHADO e Orlando LEITE JÚNIOR.

Aqui o debate não passa pela questão de saber se a Lei Delegada é de idêntica natureza ou não à Medida Provisória, tema que exige o devido estudo. Todavia, para que não se fuja a um norte, é de se entender que todas as duas são atividades atípicas do Poder Executivo e, como tal, sujeitas às mesmas limitações, *passíveis de sofrerem restrições constitucionais*, conforme tenha melhor parecido ao Constituinte. Não se trata, então de se reconhecer na Lei Delegada uma maior força a justificar a aplicação da regra hermenêutica de que “quem pode o mais pode o menos”. Pois, ambos são instrumentos do Executivo de diferentes circunstâncias. Ambas sujeitas à aprovação parlamentar: a Lei Delegada previamente; a Medida Provisória, *ad referendum*<sup>32</sup>. Porém, com matérias próprias. A primeira, com as restrições elencadas no artigo 68 da Constituição Federal. E a segunda, com matérias de interesse *urgente e relevante* para a nação.

Assim é que não poderá a lei delegada, por motivos semelhantes aos que serão expostos para a Medida Provisória, criar tributo. Primeiro, porque é matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, principalmente, as normas complementares tributárias (CF artigo 68, § 1º). E em segundo lugar, porque diz respeito a direitos individuais (CF artigo 68, § 1º, II).

Exigindo, então, a liberdade pública, lei formal para sua limitação, torna-se palmar que a Medida Provisória não preenche tal requisito. Claramente, não é lei. Ser lei não significa “ter força de lei”. Esta é num plano inferior. Trata-se de um modo de permitir mobilidade ao Estado em determinada circunstância, eliminando uma férrea máscara legal, capaz de trazer prejuízos em dado momento. Numa tentativa de alcançar-se a força da lei<sup>33</sup>.

32 Para Leon F. SZKLAROWSKY, *Medidas Provisórias*, a Medida Provisória é “lei sob condição resolutiva”.

33 Orlando LEITE JÚNIOR, *O Princípio da Legalidade Tributária*, p. 39: “Se a medida provisória tem força de lei, não é lei. O mesmo raciocínio pode ser aplicado no seguinte exemplo: se o automóvel x tem a força de y e cavalos, ele não é, e nunca será, um ou vários cavalos. Quem tem a força de algo nunca será este algo. É o caso da medida provisória (...), se se converte em lei, de lei não se tratava.”

Apenas admitindo essa colocação é que se pode contornar o vigor do vocábulo "lei", constitucionalmente encartado no artigo 150, I. Inclusive, devido ao seu caráter provisório e emergencial.

Possui ela trinta dias para que se torne lei através da atuação parlamentar ou perderá a eficácia, subordinando-se à regulação do Poder Legislativo. Admitir sua contínua reedição é negar a existência de tal prazo e invadir a competência parlamentar<sup>34</sup>.

Bem como, admitir que uma Medida Provisória tenha seus efeitos suspensos até a deliberação do Legislativo que a torne Lei, seria burlar todo o processo competente de iniciativa legislativa. Pois uma distinção crucial entre as duas espécies é o debate a que se submete a Lei no Congresso Nacional, com a posterior sanção ou veto do Executivo, inclusive, a democracia na iniciativa, que pode ser popular. Debate que não há na Medida Provisória. Debate que traduz a democracia.

Veja-se ainda que mesmo a iniciativa legislativa tem seus limites, posto que, rejeitado o projeto de lei, apenas por maioria absoluta de qualquer dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional, poderá ser proposta a matéria rejeitada na mesma sessão legislativa (CF, artigo 67).

Cabe à questão: quais as formas de imposição a adotar para os casos em que é urgente e relevante o exercício do poder de tributar?

A Constituição, apesar do aparente silêncio, não deixou ao alvedrio do Executivo as matérias a serem tratadas por via de Medida Provisória. Tais matérias são aquelas passíveis de inclusão no critério de urgência e relevância.

Com efeito, caberia a utilização da Medida Provisória nas hipóteses de imposto extraordinário de guerra e no empréstimo compulsório de emergência para atender

34 Hugo de Brito MACHADO, *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*, passim.

a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência (CF 154, II e 148, I, respectivamente), podendo, ainda, ser útil para a criação de empréstimo compulsório para realização de investimento público urgente e relevante, acaso não for possível obter-se a tempestiva atuação legislativa (CF 148, II).

Portanto, respeitadas, inclusive, as contribuições sociais, que, por exigirem um prazo de noventa dias para sua eficácia, tornam-se incompatíveis com tal via precária. São esses os casos passíveis de uso da Medida Provisória com efeitos tributários, o que também respeita ao *princípio da não-surpresa*, representado, por exemplo, na anterioridade e na *vacatio legis* tributária<sup>35</sup>.

Todavia, se bem observado, a Constituição Federal, em seus artigos 136, *caput*, e 137, fixa que tais hipóteses enquadram-se, com exceção do artigo 148, II, nas devidas justificativas para o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. Pois em caso, exemplificativamente, de uma guerra externa, antes de tudo é hipótese de legalidade extraordinária. Sendo a tributação a menor das afrontas então feitas por Decreto do Executivo, após ouvidos os Conselhos da República e da Defesa Nacional e o Congresso Nacional nos casos específicos (CF 49, II e IV), existindo ainda diversas garantias de vigilância da liberdade individual e do arbítrio por parte do Poder Legislativo. Note-se que o tributo vai de encontro ao patrimônio e não à pessoa, o que seria vedado (CF 139). O Estado de Defesa por si só não legitimaria a adoção das devidas medidas tributárias, senão na verificação de sua ineficácia, o que justificaria o Estado de Sítio (CF 137, I).

Assim, antes de se colimarem por inúteis os dispositivos pertinentes do Sistema Tributário Nacional, como

35 Hugo de Brito MACHADO, *Curso de Direito Tributário*, p. 54-6. Sacha Calmon Navarro COELHO, *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*, p. 344-9.

a supressão gradativa do imposto extraordinário, é de se entender que aquelas são as ingerências permitidas na vida tributária da nação, de modo a atender à necessidade que se apresente, bem como, o regramento especial da legalidade extraordinária tributária.

Portanto, será inconstitucional a criação de exações por via de Medida Provisória, à exceção do disposto no artigo 148, II, caso não haja comoção grave de repercussão nacional, estado de guerra, resposta a agressão armada, ameaça de grave e iminente instabilidade institucional ou calamidade de grandes proporções na natureza.

De fato, precisamente para tais hipóteses, *de perturbação na ordem institucional*, o ordenamento jurídico prevê os devidos instrumentos de *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. Democráticas como o tributo deve ser. Nessas hipóteses prevalecerá o brocardo "*salus reipublicae suprema lex esto*"<sup>36</sup>.

Dessa forma, no Estado de Sítio, por via da chamada Legalidade Extraordinária, legitima-se a restrição às liberdades públicas. Legitima-se, então, a imposição de tributos sem deliberação.

Não exigir reserva formal da maneira acima colocada encaminha para o arbítrio. De fato, recentes Medidas Provisórias mostram que, em verdade, está sendo desrespeitada a Carta Magna. Está sendo utilizado um instrumento para legitimar os atos do governo, numa primária confusão entre Lei e Direito. É de se admitir, portanto, que, ao menos nesse aspecto, estamos vivendo numa nova figura jurídica, um autêntico *Estado de Sítio Tributário*<sup>37</sup>, todavia, sem as mínimas garantias que este exige...

36 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 37.  
37 Cf. posicionamento semelhante de Roque Antonio CARRAZZA, *Legalidade e Tributação*, p. 177, para quem o imposto extraordinário apenas pode ser criado após a decretação de Estado de Sítio.

Como se vê, o ato de se adotar uma Medida Provisória para tais situações é algo que apenas poderia ser feito sob legalidade extraordinária, devidamente motivada. É de se ver, então, que *longe estão de se configurarem os pressupostos para tal*. O que vem a ferir de inconstitucionalidade os atos assim emanados, de maneira expressa na Constituição.

Bem que a Medida Provisória seja espécie da chamada capacidade normativa de conjuntura, isto é, da possibilidade de o Executivo viabilizar soluções rápidas para situações concretas, apenas um alto grau de desmando autorizá-lo-ia a fazer isso no campo do Direito Tributário, que, só pelo fato da emergência, não deve ficar à mercê de atos de força, apenas extraordinariamente legitimados. Sim, pois se fala em um Estado de Sítio velado.

A Medida Provisória não deve servir para cobrir os desmandos financeiros do Poder Público.

O próprio termo, Medida Provisória, indica algo que não se adequa à realidade. Pode ter até *força de lei*, mas claramente não é Lei. E se mesmo esta tem seus limites, é impossível aquela não reconhecê-los.

## 6. Bibliografia

### 6.1- Livros

- ADEODATO, João Maurício L.: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade e à ética na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.  
BALEEIRO, Aliomar: *Limitações constitucionais ao Poder de Tributar*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.  
BOBBIO, Norberto: *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.  
COELHO, Sacha Calmon Navarro: *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.  
DANTAS, Ivo: *Constituição Federal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1.  
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- FRANCO, Afonso Arinos de Melo: *Direito Constitucional: Teoria da Constituição; As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GOMES, Carlos Roberto de Miranda, CASTRO, Adilson Gurgel: *Noções de Direito Tributário*. Natal: Cooperativa Cultural Universitária do Rio Grande do Norte, 1991. (Coleção Sala de Aula, n. 16).
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira: *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LASSALLE, Fernando: *Que es una Constitución?* Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1975.
- MACHADO, Hugo de Brito: *Curso de Direito Tributário*. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MACHADO, Hugo de Brito: *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. (Coleção textos de Direito Tributário, n. 16).
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa: *Curso de Direito Tributário*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- REALE, Miguel: *Lições Preliminares de Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SOUTO, Cláudio: *Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda: *Medidas Provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- TRIBUNAL Regional Federal da 1ª Região et al: *Código Tributário Nacional Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

## 6.2- Artigos

- BASTOS, Celso Ribeiro: "Princípio da Legalidade", *in*: BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra: *Comentários à Constituição do Brasil: artigos 5º a 17; v. 2*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 22-34.
- CARRAZZA, Roque Antonio: "Legalidade e Tributação", *in*: \_\_\_\_: *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 146-210.
- CROZIER, Michel: "La crise des sociétés occidentales", *in*: \_\_\_\_: *On ne change pas la société par décret*. Paris: Bernard Grasset, 1979. p. 9-34.

- LEITE JÚNIOR, Orlando: "O Princípio da Legalidade Tributária", *in*: *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, v. 7, n. 50, mar/abr, 1993, p. 11-52.
- MENENDEZ, Emilio: "La crisis de la Legalidad", *in*: *Universidad de la Habana*. Habana, v. 4, p. 43-9, jul/ago, 1934.
- MIRANDA, Pontes de: "Poder Legislativo", *in*: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, abr/jun, 1976, p. 73-4.
- SOUTO, Cláudio: "Direito Alternativo: em busca de sua Teoria Sociológica", *in*: *Revista da ESMape*. Recife, v. 1, n. 1, jun, 1996, p. 16-73.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda: "O Princípio da Legalidade", *in*: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal*. Brasília, v. 28, n. 28, p. 15-32, dez, 1981.

## 6.3- Legislação

- Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;
- Constituição Federal de 1988;
- Medidas Provisórias nº 1.463-2, de 28 de junho de 1996, e nº 1.506-5, de 17 de outubro de 1996.

# A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

## DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Fábio Eugênio D. Oliveira Lima

Juiz de Direito Substituto da Comarca do Recife;  
professor da Escola Superior da Magistratura  
da Faculdade de Direito de Olinda.

### SUMÁRIO

1- Introdução. 2- Semântica da súmula 33 do STJ. 3- Derrogação imprópria do verbete 33 do STJ. 3.1-Noção conceitual. 3.2- Derrogação imprópria em face de interpretação teleológica. 3.2.1- Mitigação do princípio do dispositivo. 3.3- Derrogação imprópria em face de interpretação sistemática. 3.3.1- Acesso do consumidor aos órgãos judiciais e a facilitação da sua defesa: princípios de ordem pública. 4- Exegese concreta. 5- Acenos doutrinários e jurisprudenciais. 6- Conclusão. 7- Bibliografia.

### 1. Introdução

A motivação para o esboço deste trabalho advém da constatação de que a aplicação fria, despojada de qualquer interpretação teleológica e sistemática, da Súmula 33 do STJ, tem promovido uma iniquidade em desfavor do devedor fiduciante, parte reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor como hipossuficiente nas relações de consumo, no que pertine ao seu regular acesso à Justiça.

A vida forense registra, quase que diariamente, ação de busca e apreensão, aforada por instituições financeiras ou administradoras de consórcios de automóveis, com fundamento no Decreto Lei 911/69, à consideração de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, em que o réu é domiciliado em comarcas longínquas e as partes elegeram outro foro, sendo certo, ainda, que diverso é o local do negócio e a situação da coisa.

O raciocínio jurídico das instituições financeiras é centrado na hipótese de que, em sendo a incompetência relativa, ocorrerá a sua prorrogação se não argüida no caso e prazos legais, mormente porque ao juiz não é dado, por importar em agressão ao conteúdo da súmula 33 do STJ, conhecê-la de ofício. A prática é reveladora de que percentual desprezível de devedores fiduciantes arguem exceção instrumental, visando ao deslocamento da lide para o foro do seu domicílio ou mesmo para o foro de eleição. A ausência, nos Cartórios, de qualquer forma de defesa, direta ou indireta, deve-se exatamente ao fato do desestímulo que a longitude planetocêntrica entre o domicílio do devedor e foro da demanda promove no espírito do réu.

Se tal contexto é de fácil aceitação nos meios acadêmicos, em face da tese da prorrogação da competência relativa, ao magistrado, responsável pela aplicação do Direito (*lato sensu*) e ser político integrante de um Poder estatal, que está sob a mira do Povo, é motivo de inquietação.

A inquietude exacerba-se quando se apresenta ardente a permanência desta práxis, que tem tornado difícil, quando não impossibilita, o acesso do devedor fiduciante à Justiça e ao exercício do amplo direito de defesa. De fato, exigir do consumidor, parte reconhecida pela legislação como sendo a frágil no mercado de consumo, o seu deslocamento para grandes distâncias, significa, em real verdade, agressão a princípios bem definidos: acesso à Justiça, amplo direito de defesa e facilitação do consumidor no seu contraditório em juízo.

É de frisar, com ênfase, que o presente estudo objetiva tão-somente alertar a comunidade jurídica para o perigo que representa atribuir, de um lado, eficácia vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Superiores e, de outro, tipificar como crime de responsabilidade a desobediência do magistrado ao conteúdo sumular.

A propósito, é oportuno ponderar sobre as considerações de Alexandre Nery de Oliveira, quando afirma: "...nem sempre o fato que leva determinada Corte a enunciar súmula de jurisprudência predominante verifica-se integralmente noutro caso, tendo o Juiz inferior que apreciar o direito que melhor se conforma à nova hipótese. Contudo, como ficaria, se a súmula o obrigasse a contorcer o fato para adequar o direito enunciado? Como, igualmente, ficaria o Juiz como agente político do Estado, se passasse a temer decidir, eis que a mera enunciação de hipótese jurídica em confronto a algum enunciado poderia acarretar a perda do cargo por crime de responsabilidade?"<sup>1</sup>

O presente ensaio não pretende vulnerar a importância da súmula no direito brasileiro, nem pregar o desrespeito à legislação estabelecida, porquanto afastar-se do direito positivo é o caminho mais próximo para a sucumbência da segurança jurídica, viga mestra do Direito. O que se quer deixar assente é a possibilidade de derrogação imprópria da súmula 33 do STJ, vale dizer, ineficácia para um caso específico e concreto.

## 2. Semântica da Súmula 33 Do STJ

O Código de Processo Civil, seguindo a linha da doutrina tradicional, adotou duas modalidades de competência: absoluta e relativa. A competência absoluta, que é a fixada em face da matéria objeto da lide (*ratione materiae*) e em conta da função do órgão jurisdicional no processo (funcional), tem como traço característico a improrrogabilidade<sup>2</sup>. A incompetência absoluta, exatamente

1 in <http://www.solar.com.br/~amatra>.

2 Ocorre a prorrogação de competência quando o órgão jurisdicional incompetente pelas regras gerais de competência torna-se competente. A prorrogação de competência pode ser determinada pela lei (prorrogação legal), como nos casos de conexão, continência, reconvenção, oposição, ou pode decorrer da vontade das partes (prorrogação voluntária), de que são exemplos o foro de eleição e a não utilização da *exceptio declinatoria fori*.

te por não poder ser prorrogada, deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção (*stricto sensu*). A competência relativa, por seu turno, é a determinada em razão do lugar (*ratione loci*) e em vista do valor dado à causa, tendo como ponto central de distinção relativamente à competência absoluta, a possibilidade de prorrogação.

Em decorrência da disponibilidade<sup>3</sup> da competência relativa, a doutrina e jurisprudência travaram embate no que tange à viabilidade de pronunciamento de ofício pelo juiz acerca da incompetência relativa, quando manifestamente violadas as regras gerais de competência.

Insuspeita ala da doutrina e jurisprudência, que defende a relatividade do princípio da prorrogação da competência territorial, firmou entendimento segundo o qual, quando a ação for ajuizada com infringência de regra legal manifesta, o juiz pode declarar, de ofício, a sua incompetência, desde que o faça no primeiro momento que atuar no processo.

A síntese do pensamento jurisprudencial neste particular está assim vazado:

"O fato da lei admitir a modificação da competência relativa, nos casos previstos, não retira ao Juiz a competência de decidir a respeito, dos pressupostos da relação processual e, em especial, valer-se da competência

3 "Trata-se de competência relativa, invocando o MM. Juiz suscitado a existência de cláusula de eleição de foro. Já em sede doutrinária (JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA, Saraiva, 3ª ed., nº 114 e nota 104) temos sustentado que a disponibilidade das partes, em escolher ou aceitar o foro onde deva a causa tramitar, é exatamente a tônica da distinção entre a competência relativa (disponível) e a competência absoluta (indisponível). A possibilidade de o Juiz, de ofício, declarar-se incompetente (não obstante as opiniões em contrário de Moniz de Aragão e de Alcides de Mendonça Lima), limita-se aos casos de competência absoluta. (Ministro Athos Carneiro, CC 872, citado por Jesus Costa Lima, in Comentários às Súmulas do STJ, pág 199).

que a todo órgão judiciário se atribui de decidir da própria competência. Se lhe fosse negado declarar de ofício sua incompetência, já não seria o órgão judiciário o Juiz da própria competência, pois que sujeita à escolha arbitrária do autor da ação, a quem se concederia o poder de derogar unilateralmente as regras legais de competência, chamando o réu ao Juízo de sua exclusiva conveniência. E, acrescentado sólidas e irresponsáveis razões de ordem prática, conclui o v. aresto: "Na verdade, é o Juiz o fiscal dos critérios legais, sem prejuízo da faculdade que a lei confere ao réu de valer-se da exceção de incompetência. Num país da extensão do Brasil, onde há pessoas que se movem e negociam a grandes distâncias, assusta a simples possibilidade de generalizar-se, o uso do autor, em vez de ingressar na comarca de domicílio do réu, pudessem fazê-lo em comarca distante milhares de quilômetros, sem que ao Juiz fosse permitido poupar o réu os incômodos de ter de defender-se no Juízo incompetente, incômodos graves mesmo que para a simples arguição de incompetência" (AI nº 345.618, 4ª Câmara, 1º Tribunal de Alçada Civil/SP, Rel Juiz José Bedran – grifo nosso)

Entrementes, prestigiosa corrente jurisprudencial e doutrinária posicionou-se no sentido da temeridade do juiz, *ex officio*, declarar a incompetência territorial, porquanto, neste particular, a localização física da demanda é sem relevo para uma eficiente administração da justiça. Em outras palavras, as regras de competência territorial destinam-se à comodidade das partes, em especial ao interesse do réu.

O Superior Tribunal de Justiça, no exercício do seu mister constitucional de uniformizar o direito federal, sumulou que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício (Súmula 33), firmando como vitoriosa a tese jurídica de que, tratando-se de incompetência relati-

va, o juiz deve aguardar a *exceptio declinatori fori*, não podendo reconhecer sua incompetência, ainda que cristalina.

Em conclusão, a razão ontológica do verbete 33 do Superior Tribunal de Justiça e, de resto, dos artigos 111 e 114 do Código de Processo Civil, firma-se no princípio do dispositivo.

### 3. Derrogação imprópria do verbete 33 do STJ

#### 3.1 – Noção conceitual

Interpretação teleológica e sistemática do Direito, notadamente do microsistema<sup>4</sup> do Código de Defesa do Consumidor, leva o exegeta a pugnar pela *derrogação imprópria* da súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça. Diz-se imprópria a derrogação<sup>5</sup> porque apenas para caso específico e especialíssimo apresentado à apreciação do Poder Judiciário, com isso preservando a *mens legis* do ordenamento. Em síntese, derogar-se de forma imprópria significa negar eficácia à norma, objeto de processo interpretativo, perante um caso concreto.

A súmula, que representa o pensamento jurisprudencial dominante no espaço e no tempo, é expressa de forma sintética e abstrata, de sorte que ao passar para o campo realidade, para o caso concreto, fica sujeita às regras gerais de hermenêutica.

Se a própria lei reconhece ser falível, ao permitir a sua integração e interpretação, incômodo nenhum existe em o magistrado, no livre exercício do seu mister, procurar, através da hermenêutica, o real alcance da súmula jurisprudencial.

4 Ao se dizer que o CDC consiste num microsistema, significa em outras palavras, que o Código de Defesa do Consumidor é o sistema que deve ser usado para dirimir as lides das relações de consumo (dentro do seu conceito de consumidor, fornecedor, produtos e serviços) e suas implicações de natureza material e processual, devendo pois estar afastada a incidência das normas gerais do Código Civil, Código Comercial e outros diplomas. (Marcelo Abelha Rodrigues, ob. cit.)

5 Significa substituir preceitos legais; revogar parcialmente uma lei ou praticar atos com quebra, infração ou detrimento de alguma lei ou uso.

Carlos Maximiliano magistra que "... nem podia ser de outro modo. Sem uma certa amplitude de autoridade em face das normas estritas, a magistratura ficaria impotente contra as resistências brutais da realidade das coisas. Por isso, todas as escolas reconhecem-lhe o direito de abrandar a rigidez das fórmulas legais, esforço este em que influi e transparece o coeficiente pessoal. Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matriz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos, porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social."<sup>6</sup>

Em outras palavras, "... imaginamos, em nossas cortes de Justiça, seres racionais e humanos, que interpretam a lei, com lógica e equidade, não robô que produzam a justiça de modo autômato como se o direito fosse um produto fabril que o magistrado entrega ao consumo, por meios de fórmulas cristalizadas. O direito é aquele fluir incessante da realidade problemática, que sofre mutação repetidas e constantes"<sup>7</sup>.

6 In *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed, pág. 59.

7 Wilson de Souza Batalha, in *Cautelares e Liminares*, 2ª edição)

## 3.2 - Derrogação imprópria em face de interpretação teleológica

A súmula de jurisprudência, como já salientado, encerra uma fórmula abstrata, o que leva o aplicador do direito a interpretá-la, especialmente, em respeito ao seu fim, ao seu objetivo, à sua teleologia.

Examinando as circunstâncias e os debates jurisprudenciais que levaram o Superior Tribunal de Justiça a aprovar o verbete 33, tem-se que a tese jurídica prevalente foi a de que impera, no campo da competência relativa, o princípio do dispositivo.

O princípio do dispositivo não se apresenta, hodiernamente, na sua pureza clássica. Em vista do caráter publicista do processo, vem sofrendo profundas mitigações, seja no ortodoxo Código de Processo Civil, seja na aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

### 3.2.1- Mitigação do princípio do dispositivo

Em matéria de competência *ratio loci*, prevaleceu, como dito, o princípio do dispositivo, no sentido de conceder ao réu a possibilidade de aceitar o foro escolhido pelo autor, quando o ajuizamento tenha sido feito com infringência de regra de competência territorial.

A dispositividade da competência relativa deflui da idéia de que as regras sobre a competência territorial (âmbito em que a incompetência, normalmente, é relativa) "*atienden ante todo a facilitar la actuación procesal de las partes y se hallan establecidas en el presunto interés individual de éstas*".<sup>8</sup>

Modernamente, o princípio do dispositivo vem sendo abrandado, precipuamente quando a sua aplicação depõe contra princípios de ordem pública. O princípio do dispositivo sofre, portanto, uma mitigação em favor do interesse público.

8 José Carlos Barbosa Moreira, in *Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?*, Doutrina Nacional, pág 33.

A respeito deste abrandamento, ensina o sempre lembrado Jones de Figueirêdo Alves, que, em sua configuração clássica, o princípio dispositivo tinha a extensão de, além do condicionado exercício da atividade jurisdicional à provocação de parte legítima interessada, significar que as partes deveriam trazer ao juiz todo o material probatório de que se serve o julgador para formar a sua convicção, importando em fazer prevalecer a iniciativa dos litigantes em todos os atos do processo, segundo esquemas formalísticos, deixando-se às partes o próprio impulso processual. E acrescenta: “Modernamente, entretanto, procede-se uma profunda revisão do princípio, em face de dever ser assegurado, em sua plenitude, o caráter publicístico do processo que, em resumo, confere ao juiz poderes mais amplos na direção do processo, a saber dos valores e causas imanentes que nele transitam, em dialética da atuação da lei (fim do processo) que interessa não somente às partes. Cuidou Cappelletti de assinalar o que denomina de direção material do processo, substituindo a limitada direção formal, para demonstrar a atenuação do princípio, mitigado pelo interesse estatal de, em jurisdição concreta (jurisdição de ação) aviar a tutela invocada, findado com brevidade o estado crítico em que as relações jurídicas se colocam”.<sup>9</sup>

Sem discrepar dessa orientação, Marcelo Abelha Rodrigues, em excelente artigo sobre os princípios do processo civil à luz do Código de Defesa do Consumidor, pondera:

“o que norteou a consagração do princípio dispositivo no processo civil foi a igualdade das partes, tanto formal como material. De modo que, antigamente, as lides eram verdadeiros duelos de “nobres” que possuíam armas iguais para se defenderem. Em face

9 In Da Aplicação Prática dos Princípios Processuais, pág 19/20.

de todas as transformações havidas na sociedade massificada, não há como sustentar que o princípio dispositivo seja a regra, pois, não estará mais preservando uma igualdade entre as partes e imparcialidade do juiz, ao contrário, estará atentando contra o fim precípua da jurisdição que é a entrega efetiva e justa, a todos os jurisdicionados, da tutela jurisdicional. É necessária a intervenção do princípio inquisitivo, com a atuação do juiz no processo, para que seja reequilibrada a relação entre as partes, enfim, para que o juiz seja imparcial. Principalmente nos casos de lides de consumo, onde o consumidor, via de regra, é parte hipossuficiente, consoante o art 4º, I, do CDC, imprescindível o aumento dos poderes do juiz na busca da verdade real e do equilíbrio (igualdade real) entre as partes. Sua inércia e expectativa de acontecimentos torna-se, diante destes fatos, atitude, inexoravelmente, evitada de profunda parcialidade”.<sup>10</sup>

Na mesma diretriz, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em ímpar pronunciamento do Ministro Sávio de Figueiredo, proclama as hipóteses em que o princípio do dispositivo deve ser afastado:

“O processo civil rege-se pelo princípio dispositivo (*iudex secundum allegata partium iudicare debet*), somente sendo admissível excepcionar sua aplicação quando razões de ordem pública e igualitária o exijam, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade, ou, *ain-*

10 In ANÁLISE DE ALGUNS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL À LUZ DO TÍTULO III DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, Revista Direito do Consumidor 15, pág. 43/77.

da, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.”(Recurso Especial nº 33.200.3 – SP. Relator Sávio de Figueiredo – grifo nosso).

Em síntese, o princípio do dispositivo não assume feição inquebrantável, absoluta, devendo sempre ser atenuado diante de circunstâncias excepcionais, notadamente ligadas à boa administração da justiça.

### 3.3 - Derrogação imprópria em face de interpretação sistemática

O processo sistemático de interpretação recomenda exegese de uma norma de Direito em harmonia com outras, que tenham dispositivo referentes ao mesmo objeto.

Interpretação sistemática do verbete 33 do Superior Tribunal de Justiça possibilita ao exegeta verificar que a sua aplicação literal viola, na realidade concreta, princípios do ordenamento jurídico.

#### 3.3.1 - Acesso do consumidor aos Órgãos Judiciários e a facilitação da sua defesa: princípios de ordem pública

O Código de Defesa do Consumidor reconhece, de forma flagrante, a desigualdade material existente entre os consumidores e os fornecedores, ao estabelecer no seu artigo 4º, I, que a Política Nacional de Relações de Consumo será desenvolvida tendo em vista, entre outros princípios, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Visando a promover uma igualdade material entre o consumidor e o fornecedor, o CDC outorga àquele, como seu direito básico nas relações de consumo, a facilitação da defesa em juízo (art 6º, VIII). Esta técnica não é nova. O legislador ordinário, aqui e ali, concede privilégios for-

mais a uma parte, objetivando impor uma igualdade substancial entre os litigantes, como sói acontecer na concessão de prazo em quádruplo para o Ministério Público contestar e dobrado em relação a todos os atos praticados por defensor público integrante de Assistência Judiciária oficial.

Se no processo civil o princípio da ampla defesa contenta-se com a simples concessão de oportunidade de defesa, com igualdade dos meios e recursos inerentes, o Código de Defesa do Consumidor, coerente com os princípios que agasalha, exige real, material e efetiva igualdade de defesa.

Está, pois, consagrado, pelas normas do CDC, o princípio da facilitação da defesa. Este princípio é de ordem pública e interesse social, *ex vi* do artigo 1º do CDC. Vale dizer, que impera a inderrogabilidade pela via negocial e a irrenunciabilidade de sua aplicação.

Em face desses princípios, qualquer expediente tendente a dificultar a defesa do consumidor em juízo, viola norma pública, o que autoriza quebra do axioma jurídico: **nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio**. Se o CDC é formado por normas de ordem pública e de interesse social, a observância dos seus princípios é dever funcional do juiz, que deve, portanto, agir independente de provocação.<sup>11</sup>

### 4. Exegese concreta

Transportando esse raciocínio para o caso concreto da ação de busca e apreensão, aforada por instituições financeiras ou por administradoras de consórcios, com arrimo em contrato de alienação fiduciária em garantia,

<sup>11</sup> Bem a propósito, Nelson Nery, in *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 3ª edição, pág. 99, assevera que todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado.

em que o devedor fiduciante é domiciliado em outra comarca, outra é a situação da coisa sobre que versa a lide e as partes elegeram outro foro, forçoso é concluir pela imperiosa necessidade de afastamento do princípio do dispositivo, na sua pureza original, tudo em face da brutal desproporção econômica entre os litigantes e a fragilidade legal do consumidor.

No mundo da realidade, tem-se, de um lado, o consumidor, parte economicamente fraca. Por outro giro, encontra-se a instituição financeira, empresa detentora do poderio econômico, disposta de filiais, com corpo de advogados, em todas as circunscrições do país. Caracterizado, assim, a hipossuficiência fática do consumidor.

No mundo estritamente jurídico, é ardente a tomada de posição do legislador no sentido de considerar o consumidor a parte vulnerável na relação de consumo (art 4º, I, CDC)

Impende, por isso, aliviar o princípio do dispositivo, à medida que a permanência do verbete da súmula 33 do STJ, na hipótese específica que se aventa, compromete a boa administração da justiça, matéria de interesse público.

Ademais, na hipótese do ajuizamento de ação em foro situado a quilômetros de distância do domicílio do réu, a aplicação da súmula 33 do STJ, vai de encontro ao que se quis garantir. A disponibilidade da competência relativa é posta em favor do réu, que poderá aceitar, pela não-arguição de exceção instrumental, o foro escolhido pelo autor. Obrigar o réu a deslocar-se para comarcas de longitude planetocêntrica, além de ato contrário a sua vontade<sup>12</sup>, significa, em face do custo da defesa e do tempo<sup>13</sup>, empecilho

12 Há fatos que, ante as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art 335 CPC), independem de prova. Qualquer interpretação no sentido de que, em casos como o que se anuncia, o devedor poderá preferir outro foro, que não o do seu domicílio, é puro sofisma.

13 O processo civil caminha sobre o trilho da preclusão.

ao exercício da citada disponibilidade. No caso concreto da alienação fiduciária em garantia o devedor terá o singelo prazo de 3 dias para apresentar resposta.

À guisa de exemplo, basta mencionar a dificuldade, quando não impossibilidade, que o devedor fiduciante terá para apenas solicitar a revogação ou suspensão de um provimento liminar, ainda que teratológico. A distância entre as comarcas, aliada à fragilidade econômica do consumidor, impedem o exercício regular e, em tempo razoável, do simples direito de petição.

Uma segunda situação hipotética merece ser considerada: o alienante fiduciário que pague regularmente seu débito é registrado, por equívoco dos computadores, como inadimplente. Aforada ação de busca e apreensão, em comarcas distantes do domicílio do réu, fará com que o devedor fiduciante, muitas vezes, abra mão do seu direito ao contraditório, ainda que certa sua vitória, tudo defluente do alto custo financeiro que representa o deslocamento. Ao levantar o custo total das despesas destinadas ao patrocínio da causa, verificará que suportar o prejuízo da perda das parcelas, que foram rigorosamente pagas, será mais econômico.

O expediente processual de ajuizar ação de busca e apreensão, com fundamento em contrato de alienação fiduciária, sem respeitar nem ao menos o foro de eleição, se não impossibilita a defesa do consumidor, dificulta, à evidência, o contraditório em juízo (art 6º, I, CDC).

Posto isto, o juiz pode, e deve, de ofício, reconhecer a sua incompetência territorial, tudo porque, em tais casos, há um natural acanhamento do princípio do dispositivo e, à evidência, ofensa a princípios de ordem pública, notadamente o que propugna pela facilitação

## 5. Acenos doutrinários e jurisprudenciais

A doutrina e a jurisprudência, ainda que de forma tímida, vêm posicionando-se no sentido de que, quando o ajuizamento de ação dar-se em comarcas longínquas, em fraca violação ao princípio da facilitação da defesa do consumidor, o juiz pode declarar, de ofício, a incompetência relativa.

Rosa Maria de Andrade Nery, in artigo Competência relativa de foro e a ordem pública: artigo 51 do CDC e o verbete n. 33 da súmula do STJ, conclui: “Admitir que o magistrado faça, *ex officio* (art 51 CDC), exame da abusividade cláusula de eleição de foro em contrato de consumo (principalmente nos de adesão) permitir que ele nulifique a cláusula e permitir que ele decline *ex officio* da competência que surgiu em razão dessa cláusula nula, é aplicar e respeitar os princípios constitucionais da isonomia, do acesso à justiça, do contraditório e da igualdade das partes”.

Nelson Nery, in Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., pág. 537, em crítica objetiva à súmula 33 do STJ, anota que “a decisão é incompleta, daí o seu equívoco, porque não levou em consideração o CDC 51, tampouco o CDC 6º, VIII, importante para a análise da questão. Se a cláusula de eleição de foro estipulada unilateralmente pelo peticitante, em contrato de adesão, favorecer apenas o estipulante, em detrimento do aderente, será abusiva *ex lege* (CDC 51 XV). Nem há de se perquirir se é abstrata ou concretamente abusiva, como têm feito alguns tribunais. Será sempre abusiva, porque tendente a dificultar a defesa em juízo, contrariando o direito básico de facilitação de sua defesa em juízo, expressamente previsto no CDC 6º, VIII.”

A Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, do Estado de São Paulo já decidiu:

COMPETÊNCIA. Foro de eleição. Consórcio.

Contrato de adesão. Prevalcimento do Código de Defesa do Consumidor para que o devedor tenha acesso aos órgãos judiciários e facilitação de sua defesa. Artigo 6º, incisos VII e VIII da Lei n. 8078/90. Hipótese de que não se trata de declinação de ofício de incompetência relativa, mas sim de reconhecimento de normas de ordem pública a exigir a remessa dos autos à Comarca do domicílio do consumidor.

É verdade que os paradigmas acima citados referem-se a casos em que o ajuizamento respeitava foro de eleição. *Mutantis mutandis*, a lógica ali utilizada, com razão infinitamente superior, deve ser aplicada à hipótese em que a comarca escolhida pelo autor nem ao menos fora eleita pelas partes.

## 6. Conclusão

6.1 – A razão ontológica do verbete 33 do Superior Tribunal de Justiça e, de resto, dos artigos 111 e 114 do Código de Processo Civil, firma-se no princípio do dispositivo, consagrado no axioma jurídico *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*.

6.2 – O princípio do dispositivo, hodiernamente, vem sendo, em face do caráter publicista do processo, atenuado, quando entre as partes existe uma brutal desigualdade material.

6.3 – O Código de Defesa do Consumidor, visando a promover uma igualdade material entre o consumidor e o fornecedor, o CDC outorga àquele, com seu direito básico nas relações de consumo, a facilitação da defesa em juízo (art 6º, VIII).

6.4 – O princípio da facilitação da defesa é de ordem pública e interesse social, *ex vi* do artigo 1º do CDC, imperando, portanto, a sua inderrogabilidade pela via negocial e a irrenunciabilidade de sua aplicação.

6.5 – Interpretação teleológica e sistemática do Direito, notadamente do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, leva o exegeta a pugnar pela *derrogação imprópria* (ineficácia perante um caso concreto) da súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a sua aplicação literal, na hipótese de ação de busca e apreensão, aforada por instituições financeiras ou por administradoras de consórcios, com arrimo em contrato de alienação fiduciária em garantia, em que o devedor fiduciante é domiciliado em outra comarca, outra é a situação da coisa sobre que versa a lide e as partes elegeram outro foro, viola, na realidade concreta, princípios de ordem pública e interesse social.

6.6 – Caracterizado que o ajuizamento de ação em determinado foro, especialmente em desrespeito às regras gerais de competência, ofende princípios de ordem pública, o juiz pode e deve declarar, *ex officio*, sua incompetência relativa.

6.7 – O debate político em torno da súmula vinculante precisa ser aprofundado, sob pena de, mais adiante, os magistrados, com receio de punição disciplinar e criminal, contorcerem fatos sociais para adequar ao conteúdo de súmula de jurisprudência, quando, em boa hermenêutica, é o Direito que deve adaptar-se aos fatos.

## 7. Bibliografia

- ALVES, Jones Figueirêdo. Da aplicação prática dos princípios processuais.
- ALVIM, Arruda e outros. Competência/Repertório de jurisprudência e doutrina.
- ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado do direito material (tema tratado com referência particular à situação do consumidor).
- ANDRADE, Lédio Rosa. Juiz alternativo e Poder Judiciário.
- CAVALCANTI, Francisco. Comentários ao código de proteção e defesa do consumidor.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e outros. Teoria geral do processo. 5ª edição.
- DINAMARCO, Cândido. Declaração *ex officio* da incompetência relativa.
- GENRO, Tarso Fernando. Lições de direito alternativo 1.
- JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo civil na constituição federal. 3ª edição.
- JUNIOR, Nelson Nery e outro. Código de processo civil comentado. 2ª edição.
- LIMA, Jesus Costa. Comentários às súmulas do STJ.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 16ª edição.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?
- NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 26ª edição.
- NERY, Rosa Maria B.B. Andrade. Competência relativa de foro e a ordem pública; o art 51 do CDC e o verbete n.33 da súmula do STJ.(RT 693).
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato Nunes. O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial.
- OLIVEIRA, Alexandre Nery. Teia jurídica.
- RIBEIRO, Neves. Acesso dos consumidores à Justiça – Algumas dificuldades do sistema jurídico em vigor – Propostas de solução.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do código de proteção e defesa do consumidor.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 2º volume. 10ª edição.

# REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO

Geraldo Prado

Juiz de Direito Titular da 2ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro; Prof. de Direito Processual Penal do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Veiga de Almeida - RJ; Prof. de Direito Processual Penal do Curso de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho - RJ.

## SUMÁRIO

1. As funções do Judiciário 2. A realidade e o horizonte utópico 3. As disfunções

### 1. As funções do Judiciário

Inicialmente, agradeço o convite das Associações que estão organizando o *Dia Nacional de Mobilização pela Cidadania e Justiça* para participar do evento e debater de forma sucinta sobre o tema: "Realidade e Disfunções do Judiciário", com especial ênfase à questão da criminalidade violenta e organizada.

É incontestável a importância do papel atribuído aos Juízes pela sociedade de um modo geral, o que já foi salientado hoje, por outros debatedores. Os magistrados, principalmente do interior, bem podem aquilatar o significado das suas funções pela relevância que as comunidades conferem, a ponto de se dizer que "*no interior o juiz é o segundo líder*" comunitário, "*susplantado apenas pelo prefeito e o papel social que dele se espera é maior que aquele atribuído pela lei*"<sup>1</sup>. Não

se duvida de que também nos grandes centros urbanos muitas expectativas são geradas em torno da função que a sociedade idealiza para os juízes, preocupada com os carecimentos de diversa ordem, tais como os relativamente novos direitos sociais e econômicos (pelo menos no Brasil) e a questão da segurança pública, nem sempre ao alcance real das soluções judiciárias.

Dá a necessidade primária de se fixar claramente o espaço do exercício do poder jurisdicional, o que se faz tradicionalmente mediante a determinação das tarefas cometidas aos membros do Judiciário.

Com efeito, cumpre ao judiciário resolver os conflitos de interesses, decidir sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos e, finalmente, autogovernar-se<sup>2</sup>. A questão que se impõe, modernamente, é se somente nestes limites atua ou deve atuar o juiz e, ainda, se não estão implícitas outras funções de fundo, cuja implementação coloque os magistrados no "olho do furacão".

*Acredito que a resposta venha do fato de que, ao interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, assim como ao reconhecer imperativamente a primazia da Constituição sobre as demais leis e atos normativos, o juiz está cotidianamente assentando as bases do Estado Contemporâneo, legitimando os fundamentos da organização social, ao mesmo tempo em que desarma os conflitos sociais cujo palco deixa de ser a instância política, deslocando-se para a instância jurídica, interferindo e mediando a integração entre sociedade, Estado e classes sociais*<sup>3</sup>.

Estas funções implícitas – de mediação, absorção das tensões e fundamentação cotidiana das bases do esta-

1 LOPES, José Reinaldo de Lima. *A Função Política do Poder Judiciário*, in Direito e Justiça, São Paulo: Ed. Ática, 1989, p. 132.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p.59.

3 LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, págs. 137-139.

do democrático – são fruto de fenômenos do nosso tempo, que problematizaram uma série de aspectos da vida social, afetada, como ressalta Luhmann<sup>4</sup>, pela complexidade das relações sociais e também pelo surgimento de novos modelos de controle social informal (tecnologia, imprensa, etc.).

## 2. A realidade e o horizonte utópico

Naturalmente, em virtude do amplo leque de expectativas sociais deduzidas em face do Estado e das graves tensões geradas pela aparente crise de soluções, não está tão claro para a população, de um modo geral, o que compete aos Poderes da República, mesmo ainda o que, diante do sentimento difuso de insegurança, pode e deve ser resolvido pela *Justiça*, especificamente.

Sabemos todos, com efeito, que “*as instâncias judiciais devem desempenhar com eficácia suas funções básicas de absorver tensões e reduzir as incertezas dos sistemas político e econômico, limitando os conflitos e impedindo a sua generalização, como devem também contribuir para a reorganização do tecido social em bases mais igualitárias*”<sup>5</sup>.

Porém, ninguém desconhece que na questão da segurança pública, que não é uma mera opção de força, a efetividade das leis que os juízes aplicam e a estrutura organizacional do aparelho repressivo estatal – da polícia, instituições técnicas, Ministério Público, até o Sistema Penitenciário – não dependem diretamente do Judiciário, sendo as principais responsáveis pelo controle da criminalidade grave, organizada ou não.

As nossas leis, apesar da inflação legislativa, continuam sendo elaboradas a partir de modelos que conside-

4 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983.

5 FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça*, São Paulo: Ed. Ática, 1989.

ram, por exemplo, que os criminosos favelados, que se escondem na periferia do Rio, portando armas sofisticadas com a rudeza da própria ignorância, são o alvo principal da política criminal que se tenciona implantar, como se pudessem esses grupos, diria Zuenir Ventura, sem o apoio do “*asfalto*” e “*sem comando centralizado, sem sucessão dinástica, sem rígida hierarquia, sem cartel, sem consumo conspícuo e sem acumulação de riqueza – ao contrário da Máfia e do jogo-do-bicho*”<sup>6</sup> ser considerados *organizações criminosas* – O nosso Crime Organizado, muito mais rudimentar, malgrado tão violento quanto alheio.

A par da defasagem operacional da legislação, há também o desaparecimento dos órgãos de repressão, que raramente são dotados dos equipamentos indispensáveis ao controle da delinquência, alegando-se sempre falta de recursos, como se a situação ainda pudesse ser suportada silenciosamente pelas comunidades mais pobres, uma vez que os mais favorecidos economicamente dispõem de todo um aparato privado (às vezes público) de segurança, eventualmente encarregados do justicamento dos infratores.

É evidente que a criminalidade violenta preocupa a população, que logo a associa ao tráfico de drogas, mas como podem ter sucesso às ações de controle dessas atividades, se a base de enfrentamento está corroída, se a lei é frágil e os equipamentos precários?

Recentemente, o próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence, advertiu:

“Há todo um mecanismo de apuração pela polícia, que condiciona a ação do Ministério Público, sem a qual o juiz oficialmente não sabe se alguma coisa aconteceu...A polícia não é pensada para reprimi-

6 VENTURA, Zuenir. *Cidade Partida*, São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 1994, p. 274.

mir banqueiros, é pensada para reprimir batedores de carteira. Sejam os francos: todo esse aparelhamento é pensado, ainda que inconscientemente, para a criminalidade da rua, do pé-de-chinelo, e não do colarinho branco. Enfim, para os que não são da nossa classe”.<sup>7</sup>

Zaffaroni também destaca a circunstância crucial do “*poder judiciário*” ser “*um sistema que opera em “ambiente” onde mantém múltiplas relações com outros sistemas e subsistemas*”<sup>8</sup>, de tal sorte que somente mediante engrenagens sincronizadas, com a legislação realmente voltada ao controle da criminalidade e não à exclusão de alguns privilegiados agentes, com o aparato policial devidamente preparado e o Ministério Público apto a demandar em juízo não só contra os “pés-de-chinelo” mas em face de quem quer que esteja em conflito com a lei penal, poderemos atender razoavelmente aos anseios da população, pois é antiga a lição a nos ensinar que a criminalidade não é um problema exclusivamente de repressão, carregando dentro de si, especialmente em países que são um monumento à desigualdade na distribuição de renda<sup>9</sup> – e o Brasil é o maior deles – a semente da questão social.

Releva destacar, por oportuno que o apelo social da idéia de repressão, que acaba por lançar às costas do judiciário o maior peso do controle da criminalidade e não a sua justa medida, satisfaz aos interesses de exploração política do crime e dos dramas que engendra, até porque, categoricamente, afirma Hobsbawn<sup>10</sup>.

7 Jornal do Brasil, sábado, 22 de fevereiro de 1997, p.4- Política.

8 ZAFFARONI. *Op. cit.*, p. 32.

9 HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos*, São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 1995.

10 *Idem*, p. 335.

“*Todo observador realista e a maioria dos governos sabem(iam) que não se diminuí(ía) nem mesmo se controla(va) o crime executando-se criminosos ou pela dissuasão de longas sentenças penais, mas todo político conhece(ia) a força enorme e emocionalmente carregada, racional ou não, das exigências em massa dos cidadãos comuns para que se puna(isse) o anti-social*”.

### 3. As disfunções

Falamos até agora das expectativas da sociedade no controle da delinquência e da natural confusão a respeito do papel de cada instituição neste âmbito. Cabe destacar que, se o cidadão comum cobra da Justiça a impunidade dos fraudadores de títulos públicos, da previdência social e dos traficantes de entorpecentes, assaltantes e estupradores, há uma parcela de responsabilidade de todos nós na origem da preocupação.

O denso sentimento de insegurança é manipulado, conscientemente ou não, pela mídia, em particular a eletrônica, que alcança milhões de pessoas de uma só vez, proporcionando “*de longe o mais poderoso meio de comunicação da esfera pública para homens e mulheres*”. Diante deste meio espantoso de “*dar expressão a sentimentos públicos*”, que não são ou “*podem ser articulados pelos mecanismos formais da democracia, transformando-se nos grandes atores no cenário público*” aparece a possibilidade de satisfazer o nosso narcisismo, de nos sentirmos projetados ao centro da atenção pública, o que nos torna, a nós, juízes, responsáveis por fazermos crer à comunidade que somos portadores da chave dos problemas que tanto a afligem, o que está longe de ser verdade. Mais grave, ainda, quando diante dos operadores profissionais das agências pláticas, melhor treinados do que nós

na exposição pública, diria Zaffaroni<sup>11</sup>, nos colocamos dessa maneira, transferindo indevidamente as responsabilidades, de modo que a par do sentimento de insegurança, fazemos vingar na população a crença de que a Justiça protege os infratores.

O mestre argentino adverte para os perigos institucionais de tão traumática situação:

*“... o artificial deslocamento dos conflitos sem solução serve não apenas para elidir responsabilidades e afastar princípios que jazem nas mais elementares garantias republicanas, como também termina destriundo a independência judiciária, porque, depois do descrédito, a intervenção dos poderes partidários no judiciário provoca menor resistência pública ou até é recebida com o beneplácito da opinião pública”<sup>12</sup>.*

É preciso por os pés no chão e esclarecer a todos que a função primordial dos juízes consiste em fazer respeitar a Constituição, principalmente os direitos fundamentais que reconhece e são válidos universalmente.

Não é função do judiciário, pelo menos no sistema brasileiro, investigar e exigir a punição dos criminosos. Os juízes, garantidores dos direitos inalienáveis da pessoas comum, devem aguardar a iniciativa dos órgãos que por força da Constituição estão encarregados de juntar as provas dos delitos, para, com a imparcialidade que se espera de quem vai julgar, apreciar as causas e, valorando-as à luz dos direitos fundamentais, alicerces do Estado Democrático, aplicar a solução mais justa. Graças a Deus, por isso são juízes e não computadores.

11 ZAFFARONI. *Op. cit.*, p.33.

12 *Idem*, p. 33.

13 LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 128.

## PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO

José de Moura Rocha

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor titular dos cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE

1. O desenvolvimento da tecnologia, a par de tantas outras áreas do conhecimento, nos tem conduzido, de forma obrigatória e, talvez fatal, a uma revisão dos conceitos jurídicos disciplinados que são de toda a nossa sociedade. Entre estes conceitos encontramos alguns da ordem constitucional e promotores de autêntica revolução jurídica. Isto a partir do entendimento do que constitui a jurisdição constitucional.

Nem poderiam faltar apreciações novas sobre matéria estritamente, por vezes, processual.

Partindo daí, no nosso “*PROCESSO DE CONHECIMENTO*”,<sup>(1)</sup> ao tratar da prova, lembramos que o enunciado do artigo 332 “*demonstra amplamente a tendência encontrada no vigente Código na ampliação do seu campo de atividades a ponto de preceituar que os meios moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos*”. Seguidamente escrevemos que “*Além dos “meios legais”, são hábeis para provar a verdade dos fatos, “os meios moralmente legítimos”...*”.

Ainda com referência ao art. 332 lembrávamos que: “*Todos os meios legais, bem como os moralmente*

1. Op. ct. v. 2º págs. 661, 664

*legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.*

Como que disciplinando este artigo, o que o segue (nº 333 e o seu parágrafo único) preceituam que “Qualquer representação mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade”. E o Parágrafo único: “Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial”.

É um mundo novo no campo da prova no processo, fruto da mais alta tecnologia e surgindo a desafiar a argúcia dos estudiosos.

Ampliação bem maior será oferecida agora pelo nosso legislador constituinte, com o preceito encontrado no art. 5º, inc. LVI. Ademais, levados pelo desenvolvimento a que acima nos referimos, não nos será permitido esquecer o inc. X deste mesmo art. 5º ao preceituar: que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; ao qual devemos acrescentar o inc. XII que preceitua: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Pode parecer estranha a combinação desses preceitos. Logo se verá não ser assim. Mas, devemos ter em mente algo que não pode nem deve ser esquecido, sob qualquer hipótese, é o exercício da defesa. Na verdade, aí é onde se poderá contra-argumentar a propósito do que se apontou no libelo.

Se atentamos para o “SALVO” posto no inc. XII acima lembrado podemos ser levados a uma interpretação ampla no sentido de ser admitida a prova ilícita sempre que possibilite ou se destine à defesa de algum direito em juízo. Na verdade, o que existe, no caso, é de ordem excepcional já que admite a produção de prova ilícita naqueles casos apontados no mesmo referido inciso. (talvez calcados em alguma razoabilidade ou alguma proporcionalidade que justifiquem a admissão da prova ilícita.

**1.1-** Nas nossas “Considerações críticas sobre a Nova Constituição Brasileira sob o prisma processual”<sup>(2)</sup> lembramos, a vô de pássaro, o significado do apontado inc. LVI do art. 5º que preceitua: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Nesta oportunidade salientamos sobre “matéria de conteúdo material-processual, erigida às honras constitucionais” acrescentando nos haver parecido que “perdeu-se o constituinte possivelmente impressionado pelas formas mecânicas de produção de provas (gravação, interceptação telefônica, entre outras). Tudo numa generalidade não admissível.”

Obviamente que esta elevação às honras constitucionais do art. 5º, na verdade, nos impressionou mais que a amplitude conferida à matéria probatória, pelo Código de Processo Civil.

**1.2-** Procuramos naquele nosso trabalho destacar o fenômeno e oferecemos dois posicionamentos acerca da matéria. O primeiro deles foi o de Jaime Bernal Cuellar<sup>(3)</sup> e encontrado em ponência apresentada às XI Jornadas Ibero Americanas de Direito Processual. Versava sobre

2. In Revista de Processo, nº 54

3. In XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, Rio de Janeiro, 1988

**INTERCEPTACION TELEFONICA Y GRABACIONES CLANDESTINAS EN EL PROCESO PENAL.**

Escreveu o ilustre professor (concluindo): “Nossa conclusão é que a prova obtida clandestinamente pode incorporar-se ao processo penal, controverter-se e submeter-se à valoração respectiva para determinar a sua autenticidade e o alcance demonstrativo de um qualquer dos elementos que permitem fundamentar decisão definitiva”, a que acrescentava: “Somos enfáticos ao reiterar que a prova obtida clandestinamente não se pode marginalizar do processo penal, nem (se pode) utilizar os mecanismos da inexistência ou nulidade para negar-lhe importância ou desconhecê-la...”.

O segundo posicionamento é de Ada Grinover<sup>4</sup> ao tratar das “**INTERCEPÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS NO PROCESSO PENAL**”. Assumindo posição favorável à elevação do preceito a nível constitucional, manifestou-se assim: “A doutrina e a jurisprudência de diversos países têm oscilado, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, p. ex., a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa”.

2. Definido o campo das surpresas e das dúvidas, mister definir a área de discussão. Assim, logo passamos

4. In XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, Rio de Janeiro, 1988

à área constitucional, estritamente falando, e sob forma comparativa.

Em primeiro lugar, deparamo-nos com o Constituinte português. Referentemente à prova produzida no processo penal explicita ele a propósito da tipagem das provas ilícitas e o faz no art.32 da Constituição Portuguesa, que no seu nº 6 determina expressamente: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, do domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Apesar das técnicas adotadas nas Constituições brasileira e portuguesa, ao final, reencontram-se. (No nossa Carta Maior partimos “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Na portuguesa partimos dos “Direitos, liberdades e garantias pessoais”). Situam-se os lusos no art.32 de sua Constituição: nós, os brasileiros, utilizamos três incisos. X, XII e LVI do art. 5º da Carta Maior.

Indo além, temos a Constituição da Espanha a disciplinar a matéria no seu Artigo 18: “Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas”, preceituando assim: “1 – É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem. 2 – O domicílio é inviolável. Ninguém poderá nele entrar e nenhuma busca poderá fazer-se sem o consentimento do seu titular ou seu decisão judicial, salvo em caso de flagrante delito. 3 – É garantido o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas, salvo decisão judicial em contrário. 4 – A lei limitará o uso da informática a fim de garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos.”

Esses exemplos são bastantes.

3. Passemos à consideração jurisprudencial.

Não são muitas as decisões neste sentido.

Sob este enfoque jurisprudencial podemos oferecer palavras do Min. Sepúlveda Pertence<sup>5)</sup> (Habeas Corpus n. 69.912 – STF). Encontramos no Relatório: a) “Nas decisões de segundo grau, ficou vencido o ilustre Juiz Ari Pargendler, que, preliminarmente, determinou, a exclusão dos autos da transcrição de gravações oriundas de interceptações telefônicas, a que procedera a Polícia, malgrado a prévia autorização judicial para a escuta, por entender que “antes da regulamentação do art. 5º, XII, da Constituição Federal, não é possível valorizar, no processo penal, prova decorrente do que os autos denominam de gravação – vocábulo inexistente no Novo Dicionário Aurélio e que não passa de eufemismo destinado a encobrir a produção de prova unilateral”.

[Devemos ter em conta que a base decisória foi encontrada no art. 5º, inc. XII da Constituição assim preceituando: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”]

De logo surge uma primeira observação: É possível considerar, em matéria de prova, cada um desses incisos, até agora lembrados (X, XII, LVI) separadamente?

Prosseguindo o Relatório lembra o Min. Pertence que “A nulidade argüida pela defesa e acolhida pelo voto vencido foi rejeitada pela maioria, na linha do voto condutor do ilustre Juiz Hadad Viana, que, a propósito, consignou NA EMENTA: “O texto constitucional excepciona a vedação da prova colhida por escuta telefônica a realizada por ordem judicial, para investigação criminal ou instrução processual penal. Recepção do art. 57 do Código Brasileiro de telecomunicações”.

5. apud Habeas Corpus nº 69.912 – STF

[Interessa lembrar que há absoluta ausência de qualquer referência ao inc. LVI do art. 5º da Constituição pelo qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”]

Neste apontado habeas-corpus, assinala o Min. Relator: insiste-se “na tese de que o referido *“PRECEITO CONSTITUCIONAL NÃO É AUTO-APLICÁVEL, DEPENDENDO DE REGULAMENTAÇÃO. EM REALIDADE, A CONSTITUIÇÃO APENAS DEU AUTORIZAÇÃO PARA QUE A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA REGULAMENTASSE A MATÉRIA. ENQUANTO INEXISTIR A LEI ORDINÁRIA, A VEDAÇÃO AO GRAMPEAMENTO TELEFÔNICO É ABSOLUTA”*

Indagação a ser feita é no sentido da coexistência de um direito ao sigilo, no caso, das comunicações telefônicas com a garantia: a de serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Há predominância de uma sobre a outra?

*“No nosso direito pátrio, pela primeira vez, a nível de norma positiva constitucional, lembra o Exmo. Sr. Juiz Relator José Delgado (em voto no Habeas Corpus nº 449 TRF, da 5ª Região) tem-se a proibição de se admitir, no processo, provas obtidas por meios ilícitos. Constitucionalizou-se a referida proibição, potencializando-se, assim, o que, em igual sentido, já existia no nosso direito processual, a exemplificar o contido nos arts. 332 e 333, do Código de Processo Civil”.*

Explicável toda a problemática surgida com a questão.

Talvez as fórmulas portuguesa e espanhola sejam mais felizes quando da sua aplicação.

**3.1-** Detalhando mais o problema temos o voto do Min. Marco Aurélio proferido no *Habeas-Corpus* nº 69.910-0 onde tece considerações deste jaez: “Se é

certo que o Código de Processo Civil revela que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em dispositivo nele contido, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação e a defesa (art.332), sendo que qualquer reprodução mecânica – como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie – faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade – art. 383 – normas aplicáveis subsidiariamente ao processo penal (Código de Processo Penal, artigo 3º), não menos correto é que os aludidos preceitos se sobrepõem à Carta da República, no que consigna, como garantias constitucionais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inadmissão, em qualquer processo, de provas obtidas por meios ilícitos – incisos X e LVI do art. 5º e, concluindo, destaca o Min. Marco Aurélio: “*Ora, tratando-se de gravação obtida de forma artilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta no que preserva a intimidade da pessoa*”. Outras observações seriam de ser trazidas, aqui, pela importância que representam para a matéria.

Para uma conotação orientada mais para a doutrina, podemos dizer, serem essas manifestações iniciadoras de um processo doutrinário referente à prova ilícita. Aliás, um início vacilante...

Mas, de qualquer maneira podemos dizer com Machado de Assis: “*Fez-se a confusão*”.

4. As apreciações de ordem doutrinária constitucional e jurisprudenciais oferecidas são suficientes para patentear as dificuldades que o constitucionalista (em primeiro lugar) e o processualista terão de enfrentar para “destrinçar” a intenção do nosso constituinte.

Em sendo assim, passemos ao problema sob posicionamento que podemos chamar de “infraconstitucional”.

Nas conclusões oferecidas (referindo-se às gravações clandestinas), destaca a professora Ada Grinover: “... principalmente por obra de um dos interlocutores, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras e nacionais ainda vacilam, de modo que parece preferível aguardar a elaboração interpretativa que certamente há de surgir em torno da aplicação das novas normas constitucionais, que não cuidam, como é preferível, no estágio do tratamento da matéria – especificamente na questão”.

Na verdade, mesmo partindo de conotações políticas diversas, conforme facilmente se constata pela exemplificação oferecida, há notável preocupação com os princípios constitucionais que a professora Ada destaca e que, acima, apontamos; intimidade, sigilo das comunicações, e a própria integridade e dignidade da pessoa. A este elenco podem ser acrescentados os direitos concentrados no inc. XII.

[Nem deve ser esquecido o inc. XLIII deste mesmo art. 5º ao preceituar assim: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos...”]

O entendimento de todo este posicionamento deve ser tentado. Mas, tomando inciso por inciso ou postos conjuntamente?

Os preceitos da nossa Constituição levam-nos a procurar delimitar os ensinamentos oferecidos pelos

autores que tratam da matéria, principalmente porque, é bem sabido, existem provas, tanto no processo civil quanto no processo penal e nos demais processos que se revestem de evidente e indiscutível inconstitucionalidade, quer consideremos os meios de aquisição quer se consideramos as suas espécies, entre outras formas. Basta refletir sobre os acórdãos anteriormente oferecidos.

**4.1-** Nem se poderá fugir a esta generalidade quanto à tipagem dos processos. Destarte, o problema deve ser encarado indistintamente ante qualquer que seja o processual judicial. Aproveitamos para lembrar Acórdão, excelentemente elucidativo, de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque<sup>(6)</sup> e oferecido por Ada Grinover: *“Trata-se de recurso civil, mas a única diferença que se pode estabelecer, no campo da prova ilícita, entre processo civil e processo penal, é apenas quanto à prova penal eventualmente colhida com infringência aos direitos da personalidade do réu, mas que viesse por fim a beneficiá-lo. É que nesse caso a prova seria admissível, exatamente frente à predominância do direito constitucional de defesa diante de outro direito fundamental, que possa ter sido violado na colheita desta prova: mas ambos são direitos constitucionais...”*.

**5.** O problema relativo às provas ilícitas é novo em nível constitucional, principalmente se colocamos o problema em termos doutrinários.

Por isso é importante destacar, quanto aos estudos da prova no processo, que até bem recentemente, dava-se destaque ao “problema da prova” partindo-se de sua instrumentalização.

Na verdade, sabido é que tradicionalmente sempre que se considerava a prova inconstitucional, destacava-

6. apud Ada Grinover, Provas Ilícitas, p. 179

se, nem mais nem menos, o instrumento pelo qual se verifica a existência de uma proposição probatória judicial, partindo-se da linha de pensamento carneluttiano, conforme destaca Gianni Allena.<sup>(7)</sup>

Indo-se adiante no tempo e ao se considerar a sua aquisição, nos termos da nossa Constituição, faz-se juízo de valor sobre a maneira desta sua aquisição ao processo. Sendo assim é inconstitucional a prova alcançada por meio ou meios ilícitos e, por via de consequência, atentatórios aos direitos fundamentais do cidadão que, obviamente, estão fixados na Constituição mesma e, de maneira muito especial, às situações oriundas das indicações dos incs. X e XII da nossa Carta Maior.

Podemos dizer que a prova inconstitucional é aquela alcançada com a utilização de meios lesivos aos direitos fundamentais do cidadão, direitos estes garantidos pela Constituição mesma.

Ante tamanha reformulação, podemos continuar colocando a matéria em TABULA RASA atendendo as tradicionais construções teóricas?

Acontece não mais podermos simplificar a pontos caracterizantes das apontadas construções teórica tradicionais o entendimento da matéria ora tratada.

Não será simples a tarefa porque vamos nos deparar com os que vêm a prova ilícita de forma radical. Então: a) segundo alguns será inconstitucional qualquer prova ilícita fruto de utilização (sob violação, como é evidente) de preceito constitucional; b) outros estudiosos existem e não vêm nesta apontada situação elemento bastante a caracterizar a prova ilícita (inconstitucional); c) finalmente, alguns outros nem a isto chegam.

De qualquer maneira somos obrigados a reconhecer, caímos no velho problema da eficácia processual da prova ilícita quando se afirmava ou se negava referida eficácia.

7. cf. Gianni Allena, in op. ct. p. 509

A título de curiosidade, apesar de completamente desacreditada, devemos oferecer uma outra tendência que já foi lembrada: parte-se da existência de uma subordinação, digamos assim, ao ilícito civil, ao penal ou ao administrativo.

Diante de tudo isso é difícil compreender o problema ora posto pelos incisos: X, XII e LVI do art. 5º da nossa Carta Maior. Mesmo não os identificando, torna-se evidente não ser possível a apreciação isolada de cada um deles.

Como explicar o problema?

Em edição bem recente, Adalberto José Q. T. De Camargo Arruda oferece a Prova Ilícita como sendo “aquela que ofende um princípio de direito material, não se resumindo a ofensa na lei, mas em oposição ao ordenamento jurídico em um todo”.

Pena que o autor tenha ficado, tão-somente, na apresentação de simples definição porque encontram-se, aí, um mundo inteiro de categorias a serem consideradas.

Somos tentados a lembrar palavras de Roberto Bobbio encontradas na “Era dos Direitos”: “o problema grave do nosso tempo, em relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los”.

Em sendo assim temos os tribunais indo bem mais adiante da sua clássica tarefa: a “da defesa dos direitos fundamentais legalmente protegidos dos cidadãos” porque estarão a serviço da defesa dos direitos fundamentais...” conforme doutrina Canotilho no seu Direito Constitucional.

Tudo isto leva-nos a novas visualizações, inclusive nesta matéria ora tratada.

8. cf. Mauro Cappelletti, op. ct. p. 6

9. cf. Mauro Cappelletti, op. ct. 7, nota 8

10. op. ct. págs. 10 e ss

6. A nosso ver encontramos elementos para o entendimento do nosso problema na chamada “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL” naquela tipagem que se tem denominado, modernamente, de “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE” (Grundrechtsgerichtsbarkeit). Ante a inadequação da tutela e até mesmo ante a ineficácia do direito ou, como bem acentua Cappelletti em “*La giurisdizione costituzionale delle libertà*”,<sup>(8)</sup> da “situação ativa” contida na Constituição. Ademais cumpre lembrar a situação modernamente posta na Alemanha e na Suíça de uma jurisdição única a todas as “situações subjetivas ativas” fundamentais não podendo ser desconhecido o fato da TEORIA DOS DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS a se distinguir dos meros reflexos do direito principalmente quando considerados em termos de legitimação.<sup>(9)</sup>

Efetivamente, o que se constituía MERO REFLEXO passa a ser DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO.

Tornado ao ensinamento carneluttiano, antigo e sempre atual, notamos haver havido um avanço considerável na instrumentalização em termos de existência de alguma proposição probatória judicial.

Calamandrei<sup>(10)</sup> em LA ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI NEL PROCESSO CIVILE (no ano de 1950) indagava em quais casos, segundo a Constituição, “uma lei ordinária está viciada da “*illegittimità costituzionale*” e isto sempre considerando a lei dita inconstitucional.

Partindo-se dos posicionamento de Carnelutti e de Calamandrei, facilmente se constata haver existido imenso avanço na área dos direitos subjetivos públicos e, em especial, quanto às provas.

8. cf. Mauro Cappelletti, op. ct. p. 6

9. cf. Mauro Cappelletti, op. ct. 7, nota 8

10. op. ct. pág. 10 e segs.

**6.1-** Devemos lembrar, também, que não se deve confundir nem identificar a questão da validade (GELTUNG, dos alemães) da Constituição com alguma questão da ordem jurídico-material posta em confronto com o direito supralegal como, para exemplificar, ao surgir sob forma de mera questão de competência judicial de controle judicial por ventura existente.

Sob um outro enfoque não será demais oferecer o ensinamento de Otto Bachof encontrado em *NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS?*<sup>(11)</sup> Lembra-nos ele que “A VALIDADE (GELTUNG) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a POSITIVIDADE, no sentido da sua “existência como plano e expressão de um poder efetivo”, e a OBRIGATORIEDADE, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado”. Colocando de lado as razões “de quando” e “de como” temos que esta obrigatoriedade efetivar-se-á, limitamos a destacar a VALIDADE.

**6.2-** A VALIDADE, como é sabido, coloca-se ante ao problema da ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL sempre que alguma lei surja contrariando a Constituição.

Referentemente à prova podemos dizer ser ela válida se a lei que lhe fixou os limites é possuidora do poder de formá-la ou, se for o caso, de apreendê-la de alguma forma; se este poder falta, obviamente, é ela inválida. Partindo dessas premissas não se poderá negar existirem, no processo, hipóteses de provas válidas embora tenham sido obtidas ilicitamente (MALE CAPTUM BENE RETENTUM). Por outro lado há hipóteses de invalidade de provas obtidas licitamente.

Por outro lado é sabido que uma lei pode ser contrária à Constituição e, paralelamente, não pode ser

11. op. cit. pág. 42

reduzida a uma só figura; isto porque nem todas as normas constitucionais são possuidoras de uma mesma natureza. Normal que surjam choques entre elas mesmos. Calamandrei<sup>(12)</sup> aponta, por exemplo, as que se podem chocar com a constituição, em primeiro lugar: a) normas constitucionais que podem ser chamadas ORGANIZZATIVE “(aquelas normas... que instituem os órgãos primários do Estado”; evidente que as leis ordinárias não podem estar em contrariedade com elas (as normas constitucionais); em segundo lugar: b) as normas constitucionais que se podem chamar PROCEDURALI (que são aquelas que regulam o ORDO PROCEDENTI, ditas – formais); em terceiro lugar: c) finalmente as normas constitucionais que se podem chamar de SOSTANZIALI tais como as destinadas a regular os DIREITOS E DEVERES DOS CIDADÃOS.

O mundo das provas ilícitas, como vemos, começa a crescer.

Com estes elementos é que se vai poder apreciar as “provas obtidas por meios ilícitos”. Há uma validade, uma obrigatoriedade e uma ilicitude que se entrelaçam de maneira definitiva na ordem constitucional.

**6.3-** Ao lado da VALIDADE, no inc. LVI, encontramos caráter de declaração. Há, evidentemente, uma garantia constitucional possuidora deste caráter quando se preceitua que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Mas, há os que vêm na decisão constatadora de constitucionalidade, um caráter constitutivo. Mas não se há de falar em unanimidade. Na verdade há, por causa disto, de se indagar se a lei viciada pela inconstitucionalidade será NULA ou ANULÁVEL. Entre nós fala-se em ação direta de DECLARAÇÃO de

12. cf. op. cit. pág. 17 e segs.

inconstitucionalidade. Sendo de caráter declaratório os efeitos da declaração serão *AD NUNC*, quer dizer, deixa de produzir efeito no momento da declaração. A ser de natureza constitutiva tais efeitos seriam *AD TUNC* (quando o efeito da declaração seria necessariamente retroativo). Parece-nos prevalecer o caráter declaratório porque se fala, normalmente, em cessação de eficácia. Aí, sempre que produzida por meio ilícito é a prova inadmissível no processo. Parte a Constituição de caráter geral, declaratório ao qual não se poderá fugir.

De alguma forma este mesmo raciocínio poderá ser orientado referentemente aos incisos X e XII?

Vejamos:

No inc. X, parece-nos, dirige-se “individualmente” ao cidadão. Ele tem “direito” à inviolabilidade “à intimidade”; “à vida privada”; “à honra”; à sua imagem como pessoa. Finalmente “tem assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Note-se que o preceituado neste inciso confere direitos amplos, mas ficando muito aquém de simples “garantia” tal como acontece no inciso LVI.

O mesmo acontece referentemente ao inc. XII: O cidadão tem, aí, um direito à inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Pela parte final do inciso temos evidenciado de maneira, parece-nos, indiscutível, o distanciamento ao caráter declaratório encontrado no inciso LVI (quando não é permitido discutir, de maneira nenhuma, a natureza, a maneira de aquisição, as espécies etc., da prova obtida por meios ilícitos). Nos incisos X e XII o que temos? situações que podem determinar a ilicitude da prova que a faz inadmissível no processo, seja

ele qual for. Parece-nos ser de caráter constitutivo. Note-se que aqui não é possível a limitação como a encontrada no inc. XII quando se admite quebra ao direito ao sigilo das comunicações telefônicas “por ordem judicial”.

Interessante destacar, lembra Edgard Silveira Bueno Francisco em trabalho intitulado “Direito à defesa na Constituição” ao escrever que no regime da Constituição anterior “o sigilo das comunicações era absoluto e não comportava qualquer exceção” mas que “Atualmente, a Constituição abre exceção à regra da inviolabilidade para permitir que, nas hipóteses na forma que a lei estabelecer, possa haver a interceptação das comunicações telefônicas...”.<sup>(13)</sup>

Dessa maneira fugimos das contradições possíveis de termos constitucionais para cairmos na construção de existência de normas inconstitucionais na Constituição? Preferimos fugir desta tese e podemos dizer que as normas dos incisos X e XII são normas “superlegais” como, na verdade, são todas as normas contidas na Constituição. Apenas as normas contidas no inciso LVI são normas superconstitucionais (as diretamente dirigidas à jurisdição constitucional da liberdade). Corresponderiam, lembra Calamandrei, na escala da dureza, aos diamantes.

Os legisladores constitucionais de Espanha e de Portugal (em ambos os países, casuísticos) e os nossos legisladores constituintes parecem adotar a linha da chamada jurisdição constitucional da liberdade conforme destacamos anteriormente.

Nesses países (Espanha e Portugal) se poder-se-á falar em provas ilícitas desde que alcançadas desta ou daquela maneira, expressa e constitucionalmente indicadas. Falta-lhes uma garantia “maior” digamos assim, que acoberta a todos os direitos e garantias individuais tal como

13. op. cit. pág. 57

acontece entre nós ao encontrarmos no inciso LVI a síntese daquela jurisdição constitucional da liberdade.

Mas que não abre mão de poder declarar que esta prova é ilícita, esta outra não. Então teremos provas ILÍCITAS, ILEGÍTIMAS, etc.

O que vai ser preciso é, exatamente, saber o que a Constituição pretende como ilícita (quer dizer, precisar o âmbito da declaração constitucional – “obtidas por meios ilícitos”). Este âmbito será fixado, caso por caso, dentre da tipificação encontrada nos incisos X e XII. Caráter indeterminado por ser declaratório. Saindo do campo da inconstitucionalidade de normas constitucionais estaremos, obrigatoriamente na jurisdição constitucional da liberdade. Acidentalmente, em algum outro inciso tal como acontece relativamente aos chamados “crimes hediondos” (inc. XLIII).

7. Não parando aí os problemas surgidos pela nova ordem constitucional (a adotar a jurisdição constitucional da liberdade), vejamos a sua colocação sendo feita sob enfoques de ILICITUDE e INVALIDADE.

Enfrentando o problema do ilícito, de logo, nos apercebemos que ele gera ou determina a responsabilidade e esta, por sua vez, uma sanção.

De onde há de se partir para alcançar tal conclusão? Evidente que a indagação é pertinente às garantias do cidadão, aquelas garantias mesmas que assumem posição de superconstitucionalidade. (Aqueles mesmas que Calamandrei, com muito felicidade, equipara ao diamante na escala da dureza).

Quanto à invalidade acreditamos ser boa a comparação que se pode fazer, relativamente a qualquer espécie de prova. Se relativamente à ilicitude temos gerando-se uma responsabilidade que, por sua vez, cria uma sanção (não podendo ser aproveitada no processo)

por ser inadmissível, o que dizer referentemente à invalidade?

Vamos à comparação. Note-se que a prova ilícita foi produzida por alguém (tal como a documental, a testemunhal, p. ex.) e há de se indagar: por que esta prova ilícita é inadmissível no processo enquanto que esta outra, a documental ou a testemunhal, não?

É que nestas pode o documento ou a testemunha corresponder a uma verdade ou a uma mentira. Apesar disso, o documento ou a testemunha não sofrerão qualquer influência sobre a existência do documento ou do testemunho.

E quanto à prova ilícita? Sendo produzida com a violação de garantia ao cidadão, garantia esta proclamada pela própria constituição, será ela afetada direta e profundamente quanto ao resultado. Se a testemunha é mentirosa, se o documento é falsificado temos as sanções normais. Qual a sanção a recair sobre a prova ilícita em termos constitucionais? Ser inadmissível no processo.

A razão de ser da prova ilícita está na “ilicitude” de sua produção sob vício absoluto. Qual? Violação de garantia individual.

Numa, o autor (sujeito) da prova (ilícita) viola o próprio cidadão (nas suas garantias constitucionais). Fere o cidadão na sua própria essência de ser, de cidadão.

Noutra o autor (sujeito) da prova (documental ou testemunhal, do nosso exemplo) viola normas materiais ou processuais, deturpando-as, sem afetar o documento ou o testemunho, sujeitos que estão, a uma contraprova, a ressarcimentos, etc..

Formalmente até que se parecem porque apontam uma verdade (pseuda ou mentirosa, conforme) que se inicia com a sua formação. Na ilícita, este início é praticado contra o direito de cidadão. Nas outras este início é praticado contra a “fidelidade” do documento ou contra o testemunho, quer

dizer, a verdade do documento (privado, ou público, pouco importa) ou do testemunho.

Talvez possamos dizer que esta segunda situação é que determina a invalidade que teria uma existência, digamos, paralela à ilicitude.

**7.1-** Como encaram o problema os nossos doutrinadores?

Entre nós poucas as referências ao problema no nosso direito constitucional. Encontramos em Walter Ceneviva no seu "Direito Constitucional Brasileiro"<sup>(14)</sup> que "*A ilicitude do modo de obtenção de elementos probantes levados a juízo pode ser, sempre discutida, pois a ilicitude a invalida*".

Em que nível coloca-se esta ilicitude que a invalida? E quanto à recíproca? A prova ilícita não será admissível no processo. E a prova inválida, perguntamos?

Em nível, é óbvio, constitucional.

O nosso autor restringe-se ao considerar, mui sumariamente é verdade, o problema, à questão da ilicitude o que é, a nosso ver, absolutamente irreal porque, parecidos, ser imprescindível a consideração da invalidade ao lado da ilicitude, ou da validade ao lado da licitude.

Recorde-se que ao lado desta garantia LVI do art. 5º da Constituição existem (o mesmo nível de importância) umas tantas garantias o que nos leva a indagar: uma prevalece sobre a outra? Esta é mais importante que aquela?

Na verdade, quando se fala em garantias dos cidadãos estamos perante a direitos que são normal e naturalmente "invioláveis". Sendo assim são invioláveis todas essas garantias por serem preexistentes ou categoricamente determinadas pela própria constituição o que nos leva a lembrar o caráter declaratório, não constitutivo da garantia encontrada na Constituição.

14. op. ct. pág. 63

**8.** Deixando ao largo toda uma evolução histórica, lenta e profunda para nos fixarmos nos dias correntes, teremos a ILICITUDE MATERIAL sempre que a sua aquisição fuja das determinações fixadas pelo poder legislativo. Quais os parâmetros para esta fixação?

Indiscutivelmente: as leis materiais e as leis processuais.

Para confrontar a ILICITUDE MATERIAL à INVALIDADE é necessário fixar os seus característicos porque devemos ter presente que se gera a invalidade sempre que o poder para produzi-la [de maneira válida, perfeita e caracterizadora (da VALIDADE)] é violado ou falta. Pode acontecer ante a lei material ou a lei instrumental. Difícil será encontrar-se no texto constitucional caminho para determinar a sua inconstitucionalidade. Por tudo isto é que nos pareceu razoável trazer o ensinamento de Bachof.

**9.** Não serão demais algumas apreciações partindo da contribuição doutrinária dos nossos autores.

Ada Grinover<sup>(15)</sup> em "PROVAS ILÍCITAS" aceita, conforme declara expressamente, terminologia adotada pelo professor da Universidade de Milão Pietro Nuvolone no sentido de ser a prova "proibida ou vedada" sempre que infrinja norma de caráter legal ou constitucional" e acrescenta "Nesse mesmo caso, a prova pode também ser denominada ilegal ou ilegalmente produzida", e mais: "Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone "PROVA ILÍCITA". Quando a prova, pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo "PROVA ILEGÍTIMA".

Em "Liberdades Públicas e Processo Penal" Ada Grinover aprofunda, especificamente, o problema das

15. op. ct. pág. 171

provas (“PROVA ILEGÍTIMA” e “PROVA ILÍCITA”) estendendo-se quanto aos limites das chamadas provas ilícitas, também, quanto à liberdade e à legalidade da prova entre tantos outros assuntos que tornam o seu trabalho indispensável ao equacionamento do problema.

**9.1-** Limitando-se, também, à prova ilícita gerada em violação de norma de caráter material Hermenegildo de Souza Rego em interessante estudo sobre “NATUREZA DAS NORMAS SOBRE PROVA”<sup>(16)</sup> tece considerações a propósito da chamada “prova ilícita” de maneira direta, coloca-se em contrariedade ao pensamento de Ada Grinover e com inteira razão assinala que “chamar “prova ilícita” à prova “conseguida através de atos ilícitos”, atos violadores de normas do Direito Substancial, é já tomar partido na questão a ser estudada e dirimida – que consiste em saber se é lícito admitir-se no processo a prova obtida por meios ilícitos”. Depois de acentuar a aceitação da denominação de uma maneira um tanto quanto generalizada, assume posição que, para nós, não avança muito a linha da professora Ada. Para Hermenegildo Rego “é preferível falar-se em “prova obtida por meios ilegais”, reservando-se a expressão “prova ilícita” (sem fazer, ainda, *DATA VENIA*, a distinção que faz a mestra, entre “prova ilícita” e “prova ilegítima”) para os casos de vedação direta DA PROVA (como ocorre, no Direito brasileiro, com as cartas particulares interceptadas – art. 233 do CPP e art. 375 do CPP Militar)”.

A nosso ver há a necessidade de saltar de considerações dessas ordens de apreciações da matéria em termos do ordenamento comum para pensarmos em termos mais altos, quer dizer, em termos constitucionais. Na verdade estranhamos que o professor Hermenegildo logo em

16. op. cit. pág. 171 e ss

seguida escreva que “A questão do direito à intimidade, das garantias constitucionais do cidadão, não deve influir na consideração do que seja ou não utilizável pelo juiz no seu trabalho de pesquisa da verdade.” Estaria ele com absoluta razão se não existisse o inciso LVI do art. 5º da Constituição. Atente-se a estas palavras encontradas no referido autor: “É claro que uma confissão, p. ex., obtida mediante tortura, não deve produzir efeitos no processo. Mas isso não decorre da reprovabilidade em si, do meio utilizado, e, sim, da falta de confiabilidade da própria prova que resultou da utilização de tal meio”. E se a confissão mesmo sob tortura representasse uma verdade? (e no caso contrário?) O autor distingue esta situação (“Trata-se de dois planos diversos”) daquela outra, de um marido “que pratique um crime de invasão de domicílio, para obter fotos de sua esposa na prática de adultério, deverá responder pelo crime, mas não deve ser impedido de utilizar as fotos numa ação de divórcio”. Autêntico retorno ao aforismo de que “os fins justificam os meios”.

[Note-se: “ninguém será submetido à tortura...” (inc. III do art. 5º da Constituição); “a casa é asilo inviolável do indivíduo...” (inc. XI do art. 5º da Constituição)]

Nos dois exemplos apresentados, não resta qualquer dúvida, somos levados a provas ilícitas “inadmissíveis” como proclama o inc. LVI do mesmo art. 5º da Constituição. Em termos de jurisdição constitucional da liberdade, são, simplesmente, inadmissíveis: mais, nada as justifica. Não mais estamos em termos puramente legais (material ou processual) confessou a “verdade” sob tortura; conseguiu fotos da mulher, dita ou apontada como adúltera, “provando” o adultério a que podemos acrescentar dezenas de exemplos partindo de “gravações”, “escutas”, “intercepções”, etc. E se são frutos de armações, ou de montagens, colagens? Sabido que ao progresso técnico “lícito” corresponde, sempre, um progresso técnico “ilícito”.

9.2- Um outro nosso autor desenvolve a questão em termos de verdadeiras filigranas partindo dos arts. 332 e 333 com o seu parágrafo único do Código de Processo Civil. Deixa ao largo a Constituição. Na verdade, parte Celso Bastos<sup>(17)</sup> da idéia extraída do vigente Código de Processo Civil que será a mesma existente anteriormente à nossa Constituição, quando se proibia as provas ilícitas. Para ele: “Portanto, o que faz a atual Lei Maior é constitucionalizar uma tendência que muito possivelmente já se consagrava como majoritária”. Até aí ninguém discute. O que não entendemos é a afirmação de Celso Bastos de que “...o preceito sob comento tem forçosamente de sofrer certas ressalvas para resultar da sua interpretação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do Direito Processual penal”.

Ainda Celso Bastos<sup>(18)</sup> ao comentar o art. 5º da Constituição, inciso LVI, parece que segue linha no mesmo sentido e escreve que “O melhor procedimento parece ser o daqueles que convencionam a utilização de determinados vocábulos.” a que acrescenta: “É o que também faremos. Doravante chamar-se-á de ilegalidade, ilicitude intrínseca, àquele vício que incide na prova por força de um desvio processual. E denominaremos de ilicitude ou ilegalidade extrínseca àquela mácula que adere a certas provas por terem sido produzidas com a ofensa a um direito individual ou fundamental”.

Note-se faltar alguma coisa nesta conotação. Tal como lembramos relativamente a ensinamento de Nuvolone que oferecemos por intermédio de Ada Grinover, Celso Bastos, no tocante, por exemplo, às modalidades pelas quais as provas podem ser ilícitas, apresenta duas modalidades pelas quais a prova pode ser ilícita”.

17. op. ct. pág. 273

18. cf. op. ct. pág. 273

A primeira “refere-se à forma de geração da prova, isto é, a ilicitude resultaria toda vez que não se cumprissem os dispositivos previstos para a produção de determinada prova ou então adotavam-se meios não autorizados pela lei, o que de certa forma é a mesma coisa”.

Uma segunda modalidade para identificar a prova ilícita: ela ocorre quando, “nada obstante, adotarem-se procedimentos aceitos pelo direito, do ponto de vista adjetivo ou processual, atente contra um direito individual”.

A aceitação de tais premissas leva-nos à desnecessidade até mesmo do preceito constitucional (sempre será prova ILÍCITA ou ILEGÍTIMA sem necessidade de se ir adiante). Contudo, o problema é da área da Constituição; não de lei ordinária.

O conceito de inconstitucionalidade da prova, não se pode negar, de certo modo vem a coincidir com o de ilicitude material. Mas, não podemos ver esta coincidência em termos de se identificar esta ilicitude inconstitucional com a ato probatório que se reflete sob valoração processual. O que há, na realidade é a possibilidade de lesão vista sob um daqueles direitos constitucionais do cidadão e que se sobrepõem a tudo.<sup>(19)</sup>

Nem podemos dizer que o conceito de inconstitucionalidade da prova está na especificação de sua ilicitude.

Tenhamos presente, por exemplo, alguma produção de prova gerada pela restrição ou mesmo o impedimento do exercício de direito integrante do rol das garantias do cidadão, exemplificando, a própria prestação jurisdicional. Ou ainda mais, do domicílio; ou da intimidade; ou a própria integridade da pessoa, entre outras tantas garantias ou direitos dos cidadãos elencados pela própria Constituição. Quando a constituição preceitua serem “inadmissíveis, no

19. op. ct. pág. 528

processo, as provas obtidas por meios ilícitos” está direcionada a essas outras garantias conforme exemplificamos. Não será uma ilicitude material ou processual, sim uma ilicitude decorrente do comportamento constitucional. Aí a aproximação à jurisdição constitucional da liberdade.

10. Como vemos, mais uma vez caímos no ser devidamente apreciado ou não.

O que nos interessa caracterizar é a prova “ILÍCITA” tal como preconiza a Constituição. (Aqueles obtidas por meios ilícitos). No caso oferecido pela nossa professora Ada Grinover<sup>(20)</sup> (decisão 34/73 da Corte Constitucional Italiana), lembra-nos ela “que serviu de ponto de partida para a elaboração legislativa, e hoje a Itália tem uma das disciplinas legislativas mais completas no campo das interceptações telefônicas”.

A discussão proposta com base nos ensinamentos de Prieto Nuvoione, com imensas carradas de razões parte do ordenamento material ou instrumental o que fica muito longe das indagações a serem feitas referentemente ao nosso direito: preceito de conteúdo material-processual elevado às honras constitucionais.

Analisando sentença da Corte Constitucional, Gianni Allena<sup>(21)</sup> referindo-se à parte de sentença que considera as interceptações telefônicas sem prévia e motivada autorização da autoridade judiciária lembra que nesta sentença (34/73) (a mesma citada por Ada Grinover) “o princípio enunciado no art. 15 da Constituição estaria gravemente comprometido se a pedido do interessado pudesse valer como início ou prova, interceptações telefônicas feitas ilegitimamente...” e, adiante. Na verdade, acontecendo assim, “um direito reconhecido e

20. op. cit. pág. 176

21. cf. op. cit. págs. 34, 73

garantido como inviolável pela Constituição estaria exposto a gravíssimo menosprezo”. Teremos, neste caso, evidente prova inconstitucional e, assim sendo, inutilizável no processo. Mesmo ante o argumento tido como político, no sentido amplo como, por exemplo, referentemente a crimes comuns (para a repressão ao crime).

De tudo isso, como conciliar a “violação dos direitos invioláveis” com a defesa desse mesmo direito?

Depois de lembrar “uma vez que no conceito de inconstitucionalidade da prova se subsumem os dois momentos, o da ilicitude material e o da ilegitimidade processual” acrescenta “quando uma prova ilícita é produzida no processo, está sendo infringido, em última análise, o princípio constitucional da igualdade; e se a própria Constituição estabelece que os direitos fundamentais somente podem ser limitados pela lei, e esta não existe, ou é infringida ao colher-se a prova, a própria prova acaba sendo inconstitucional e sujeita à sanção, que por isso a fulmina. A prova inconstitucional é atípica frente à Constituição, e para o processo é configurada como viciada de atipicidade derivada (Romeu Pires de Campos Barros). No apontado caso da interceptação telefônica, ou no caso de uma gravação colhida clandestinamente sob qualquer que seja o sistema, entre tantos outros, não se há de falar ilicitude material e, muito menos, em ilegitimidade processual. Por quê? Porque estão, ainda, fora do mundo do direito tal como estão fora deste mesmo mundo do direito milhões de coisas que se pensam, articulam-se, programam-se ou simplesmente são desejadas... para continuarem frutos de fantasias políticas, voluptuosas e até mesmo criminosas. Uma coisa é discutir se uma palavra foi alterada ou eliminada numa gravação permitida. Muito diferente é a utilização de gravação, (mesmo sem se discutir se houve corte, acréscimo ou alteração de qualquer que seja a ordem), de gravação obtida sob engodo,

provocações, aproveitamento de estado emocional, etc.), sendo apresentada como prova.

Tornando à sentença 34/75 da Corte Constitucional Italiana: “*Si ciò avvenisse, un diritto riconosciuto e garantito come inviolabile dalla sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione*”.

Interessante atentar para a evolução jurisprudencial da Corte Constitucional Italiana para atingir a síntese de uma interpretação orientadora da sentença 34/75. Vincenzo Vigoritti em GARANTIE COSTITUZIONALI DEL PROCESSO CIVILE<sup>(22)</sup> acentua que a jurisprudência constitucional italiana, “*facendo leva sulla connessione fra azione e difesa da un lato, e disponibilità dei mezzi di prova dall’altro, ha individuato fra le garanzie costituzionali del processo un DIRITTO ALLA PROVA assicurato alle parti dall’art. 24 Cost.*”. Depois de um primeiro pronunciamento a tal respeito (através da sentença nº 70/1961), “*smentita in seguito da una infelice distinzione fra norma che operano sull’azione e norma che riguardano la disponibilità dei mezzi probatori (sent. nº45/19633), la Corte costituzionale sembra ora avere finalmente accolto gli inviti della dottrina. La sentenza nº53/1966 ha infatti precisato che “se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevoli, se le si nega o le restringe il diritto ad esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita (la) tutela (giurisdizionale)”*. Destaca Vincenzo Vigoritti, encerrando as suas considerações a propósito do assunto: “*Affermazioni queste inequivocabili che sembrerebbero conferire un’impronta definitiva al pensiero della Corte, autorizzando l’interprete a ritenere superate le incertezze precedenti.*”

Se se partiu, na Itália, do art. 15 de sua Constituição, então vigente, no caso brasileiro parte-se de um direito fundamental o que faz distanciar as duas questões.

22. cf. op. cit. págs. 92/93

11. Partindo das considerações iniciais verifica-se que o novo mundo político que emerge neste fim de século, a par de desenvolvimento técnico, notamos as divergências que irão surgir quanto ao entendimento deste princípio do respeito à norma constitucional. Das indicações dos professores Cuellar e Ada Grinover (e aqui cumpre oferecer especial referência ao livro da professora Ada Grinover sobre as “Intercepções Telefônicas” [LIBERDADES PÚBLICAS E PROCESSO PENAL – as intercepções telefônicas] oferecendo ampla e selecionada bibliografia. Mas, parece-nos, de pouca consulta coisa tão natural neste nosso Brasil.

12. Para nós a fixação do que seja “prova ilícita” há de partir de qualquer que seja a violação aos direitos (superconstitucionais) do cidadão como tal e que não podem, sob qualquer que seja o pretexto, ser aproveitada em processo judicial. A base desta fixação será encontrada nos direitos constitucionais arrolados nos incisos X, XII embora permitam apreciações de ordem material ou instrumental.

Não se esqueçam aqueles fatos determinantes dos chamados crimes hediondos cujo melhor exemplo está na “tortura”.

## Bibliografia

- ALLENA, G., Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova. in Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Fasc. 2, Aprile – Giugno, 1989. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Gonzaga. Da prova no Processo Penal, 3º ed. Saraiva, São Paulo, 1994.
- BACHOF, Otto, Normas constitucionais inconstitucionais? Trad. de José M. Cardoso a Costa, Atlântida Editora.
- BASTOS, Celso Ribeiro (e Martins, Ives Gandra) Comentários à Constituição do Brasil. 2º vol. Saraiva, São Paulo, 1989

- BUENO Fº, Edgard Silveira, O Direito à Defesa na Constituição, Saraiva, São Paulo, 1994.
- CALAMANDREI, Piero. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1950.
- CAPPELLETTI, Mauro. La giurisdizione costituzionale delle libertà. Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1955.
- CENEVIVA, Walter, Direito Constitucional Brasileiro. 2ª ed. Saraiva. 1991.
- CUELLAR, Jaime Bernal Interceptacion telefonica y grabaciones clandestinas en el Proceso Penal. in XI Jornadas Ibero-Americana de Direito Processual, Rio de Janeiro, 1988.
- FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 1º vol. Saraiva, São Paulo 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, O Processo em sua Unidade - II. Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- Intercepções telefônicas e gravações clandestinas no Processo Penal. in XI Jornadas Ibero-Americana de Direito Processual, Rio de Janeiro, 1988.
- Liberdades públicas e processo penal - as intercepções telefônicas, 2ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982.
- MARTINS, Ives Granda (e Bastos, Celso Ribeiro) Comentários à Constituição do Brasil. 2º vol. Saraiva, São Paulo, 1989.
- REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. Editora revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.
- VIGORITTI, Vincenzo. Garanzie Costituzionali del Processo Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970.

## O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158

José Soares Filho

Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (Alagoas), aposentado; professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

### SUMÁRIO

I- Introdução. II- A Convenção 158 da OIT. III- A Denúncia da Convenção 158 da OIT - Justificativa do Governo Brasileiro. IV- O problema jurídico resultante da denúncia da convenção 158 da OIT - opinião de Arnaldo Süssekind. V- Proposta governamental de regulamentação do artigo 7º, Inciso I, da Constituição Federal. VI- Conclusão. Bibliografia

### I. Introdução

As relações jurídicas internacionais fundam-se nos tratados, que são acordos bilaterais, plurilaterais ou multilaterais celebrados entre Estados soberanos, ou entre estes e outras entidades de direito público externo, a exemplo da ONU, da OEA, da OIT e outros organismos integrantes do sistema das Nações Unidas.

No tocante à Organização Internacional do Trabalho (OIT), temos tratados multilaterais, assim considerados, porque comportam número ilimitado de partes celebrantes, estando abertos à adesão de outros Estados que não os contraentes originais. Essa característica ex-

plica-se pelo fato de versarem matérias de interesse universal, valendo notar que, enquanto nos tratados fechados a adoção concretiza-se ao serem assinados pelos Estados participantes (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23.5.69, art. 9, § 1), aqui ela requer a aprovação da maioria qualificada (dois terços) dos Estados presentes, com direito a voto, à respectiva conferência (v. Arnaldo Süssekind, *in* Direito Internacional do Trabalho, LTr, S. Paulo, 2ª ed., 1987, pág. 41).

Por oportuno, observe-se que a OIT, como organismo instrumentalizador e de atuação do Direito Internacional do Trabalho, possui especificidades que a distinguem de qualquer outro no âmbito internacional. Seu sistema normativo é ímpar, apresentando, como características próprias, o tripartismo, o método de elaboração das normas e o método de controle das mesmas. “En primer lugar, el tripartismo de la representación en la OIT, empleadores, obreros y gobiernos, contrasta con la representación unilateral de los Estados en los demás organismos. Por otra parte, el método de elaboración de las normas internacionales del trabajo difiere de los sistemas de adopción de todo otro tipo de convenciones internacionales multilaterales y, por supuesto, bilaterales. Pero donde el sistema de la OIT verdaderamente innova, es en cuanto al método de control de las normas que se adoptan en su seno; en ninguna otra ocasión, en los organismos de vocación universal, los Estados han aceptado obligaciones tan estrictas de comprobación externa de su grado de cumplimiento, como en el caso de las normas internacionales del trabajo. En la época de la adopción de la Constitución de la OIT, el sistema de control establecido constituyó una revolución imaginativa en el campo jurídico internacional, y sigue siéndole”. (José Maria Ruda, presidente da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT – no prefácio da obra

“La Organización Internacional del Trabajo”, de Geraldo W. von Potobsky e Héctor G. Bartolomei de la Cruz; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990).

O princípio básico, elementar e inarredável, aplicável nas relações internacionais – também adotado nos contratos de direito privado – é o de que “*pacta sunt servanda*”. A infração aos compromissos externos assumidos pelos países é mais grave do que o inadimplemento dos instituídos no foro interno. Ora, aqueles envolvem não só os Governos pactuantes, mas também os cidadãos que eles representam, repercutindo, com maior ou menor intensidade, na vida da nação. Hoje, mais do que nunca, em face do processo de globalização em seus múltiplos aspectos, as condições de vida dos povos dependem, em grande parte, das decisões tomadas, ou normas estabelecidas, em acordos em nível supranacional.

No contexto da OIT, os países que a integram contraem obrigações além das que normalmente assumem com outros entes no âmbito externo: comprometem-se, em virtude de dispositivos da Constituição dela – que, formalmente, aceitaram ao ingressar na Organização –, a submeter à autoridade competente as convenções e recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho e, sobretudo, a fazer cumprir, no quadro de sua jurisdição, as convenções que ratificaram. Trata-se de um sério e grave compromisso.

Além disso, devem, *ex vi* da mesma Constituição, apresentar à Repartição Internacional do Trabalho (Secretaria-Geral da OIT), periodicamente, relatórios dando conta das providências que lhes cabe tomar no sentido de aplicar as convenções ratificadas e transformar em normas internas o conteúdo das recomendações aprovadas no seio da Organização pela Conferência.

## II. A Convenção 158 DA OIT

Nessa conjuntura, a Conferência Internacional do Trabalho, da OIT, votou, em sua 68ª sessão, de 02.6.82, em Genebra, a Convenção de n.º 158 sobre o término da relação de trabalho, por iniciativa do empregador, foi assinada em 22.6.82.

No preâmbulo de seu texto, expressam-se as razões dessa importante decisão, *verbis*:

“A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e reunida nessa cidade em 2 de junho de 1982, na sua Sexagésima oitava sessão;

Tendo tomado nota de que desde a adoção da Recomendação sobre o Término da Relação de Trabalho, 1963, foram registradas importantes novidades na legislação e na prática de numerosos Estados-Membros relativas às questões que essa Recomendação abrange;

Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como consequência das dificuldades econômicas e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos em um grande número de países;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, questão que constitui o quinto item da agenda da Reunião, e

Após ter decidido que tais proposições tomariam a forma de uma Convenção, adota, na data de 22 de junho de 1982, a presente Convenção, que poderá ser citada como a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho, 1982:”

Esse instrumento normativo foi submetido ao Congresso Nacional brasileiro, que o aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 68, de 16.09.92, havendo entrado em vigor no plano internacional, após as duas primeiras ratificações, em 23.11.85. O Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação respectiva, em 05.01.95, passando o mesmo a vigorar para o Brasil doze meses após, ou seja, em 05.01.96, na forma de seu artigo 16 e da própria Constituição da OIT. Depois de certa relutância, em 10.04.96 o Presidente da República, pelo Decreto nº 1.855, promulgou o instrumento multilateral em apreço, determinando que fosse executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém (nosso país segue, a respeito, o sistema monista, segundo o qual as convenções – tal como outros tratados, ou acordos, internacionais – integram o sistema jurídico pátrio, em seu inteiro teor, tão logo decorra o prazo para o início de sua vigência interna).

A importância da Convenção 158 para as relações de trabalho, em todo o mundo, ressalta de seu próprio enunciado.

Com efeito, como declarado em seu preâmbulo, foi oportuna sua adoção, em face do quadro atual da economia mundial, caracterizado pela globalização e tendência à flexibilização e desregulamentação de tais relações, o que, inevitavelmente, resulta na rotatividade da mão-de-obra e, em face das mudanças tecnológicas, no desemprego, que consideramos o maior problema nesse aspecto da vida social em todos os quadrantes, sob a égide de um regime capitalista de produção que, sob a denominação de neoliberalismo e a pretexto de modernizar as atividades econômicas – tornando-as mais eficientes e aptas ao atendimento da crescente demanda, em termos de quantidade e de qualidade – dá sinais de retorno à sua fase primitiva, chamada de capitalismo selvagem, que gerou a tremenda “questão social”, de triste memória.

Daí, a conveniência e oportunidade da Convenção 158, que objetiva frear, ou reduzir, a tendência liberatória do empregador de obrigações sociais correspondentes a garantias mínimas de proteção do trabalhador, ainda indispensáveis no estágio atual de civilização, das quais avulta a referente ao posto no mercado de trabalho.

### III. A Denúncia da Convenção 158 DA OIT – justificativa do governo brasileiro

A Convenção nº 158 da OIT, ao ser ratificada pelo Brasil, provocou acerbos reações em nosso país, notadamente da parte da classe empresarial, provavelmente em face do ônus econômico-financeiro que sua aplicação acarretaria aos empregadores, com a restrição ao seu poder de comando no que tange, especialmente, à despedida arbitrária ou sem justa causa. Ora, reza seu artigo 4: “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Levantou-se a questão da inconstitucionalidade do decreto que a promulgou, por ser ela incompatível com o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que, dispondo sobre matéria idêntica – proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa – prevê, como compensação, apenas indenização, ao passo que a Convenção 158, em seu artigo 10, alvitra a possibilidade de os organismos competentes, segundo a legislação e prática nacionais, anularem o término da relação de trabalho e, eventualmente, ordenarem ou proporem a readmissão do trabalhador.

Outrossim, não seria ela auto-aplicável, porquanto o dispositivo constitucional, em apreço, diz que a matéria de que trata será regulamentada nos termos de lei com-

plementar, do que se infere estar-se diante de norma de eficácia contida. Ora, a aplicação do tratado multilateral, em causa, corresponderia à regulamentação do artigo 7º, I, da Carta Magna, para o que ele, tecnicamente, não é apto, visto que, com sua inserção no direito interno, posiciona-se ao nível de lei ordinária, vale dizer, hierarquicamente inferior à lei complementar. Ademais, a Convenção 158, por seu contexto, seria meramente programática, ou de princípios, dependendo de regulamentação através de atos normativos ou negociais no âmbito interno, para ser devidamente aplicada, haja vista a hipótese (prevista no artigo 13) de término das relações de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, que implica despedida coletiva, para cuja regulação ainda não está aparelhado o sistema jurídico brasileiro, eis que o mencionado dispositivo reporta-se aos métodos de aplicação aludidos no artigo 1, ou seja, a legislação nacional, ou contratos coletivos, laudos arbitrais, sentenças judiciais ou outra forma, de acordo com a prática nacional.

Ante esses óbices de ordem jurídica, com a polêmica que se levantou em todos os setores da atividade jurídica nacional, e a pressão da classe empresarial pela invalidação do instrumento em nosso meio, o Governo cedeu, resolvendo denunciar a Convenção 158. Contra essa deliberação insurgiram-se segmentos da classe trabalhadora e juristas, um dos quais de elevado conceito, tanto no país quanto no exterior, Arnaldo Lopes Süsskind, Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho, ex-ministro de Estado do Trabalho, presidente honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho, membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, representante do Brasil, por longo tempo, em órgãos da maior importância na OIT, ou seja, a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações e alguns no Conse-

lho de Administração. É de notar que a Comissão de Peritos é um dos que gozam de maior prestígio no âmbito mundial, pela qualificação científica e a idoneidade moral de seus componentes. Arnaldo Sússekkind integrava, recentemente, a Comissão Permanente de Direito Social do Ministério do Trabalho e, de tão decepcionado com a decisão do Governo brasileiro de denunciar a Convenção 158 da OIT, em sinal de protesto, renunciou ao seu mandato na referida Comissão. A propósito disse, num desabafo em tom de sarcasmo, em entrevista concedida à Revista CONSULEX de janeiro/97: “andaram vendo fantasmas onde não existem”.

Na exposição de motivos com que o Ministro do Trabalho, Paulo Paiva, propôs ao Presidente da República a denúncia da Convenção 158 da OIT, argumenta-se:

- a) “Afora as controvérsias de maior repercussão no meio trabalhista, como a existência, ou não, de um comando da Convenção n. 158 voltado à concessão de garantia de emprego aos trabalhadores do País..., as inovações do seu texto vêm gerando novas perspectivas e interpretações, muitas não previstas ao ensejo da ratificação, ou promulgação, do diploma internacional”;
  - b) o receio de que o rompimento do vínculo de trabalho, por motivos ligados à atividade da empresa – previsto na Parte III, artigos 13 e 14, combinados com o art. 9º, item 3, e com o art. 4º – que representa uma inovação para o modelo juslaboralista nacional, “preste-se para elevação vertiginosa das rescisões contratuais que não geram pagamento de tradicionais direitos rescisórios do empregado”.
- “Já os motivos “análogos”, na dicção dos artigos 13 e 14 ou “as necessidades de funciona-

mento da empresa, estabelecimento ou serviço”, segundo o art. 4º da Convenção sob exame, de tão genéricos, atraem a exegese de que a dispensa por motivo justo tornar-se-á regra que comporta poucas exceções”;

- c) ante o entendimento, consagrado por muitos estudiosos da matéria, de que ela agasalha absoluta vedação de dispensa imotivada, a alcançar quase todos os empregados do País, “tornou-se a Convenção n. 158 um problema que supera o âmbito das lides trabalhistas, para alcançar inegável repercussão no quadro das relações econômicas, nacionais e internacionais”;
- d) tal situação provoca visível desconforto de Estados soberanos, no interesse de inserir-se no quadro das relações econômicas mundiais, “em admitir que a sua legislação nacional (ou a sua ordem jurídica, mesmo que não legislada) sofra tamanhas limitações, na órbita trabalhista, quer no que diz respeito ao direito patronal de dispensar, quer no que atingem o direito do trabalhador às reparações daí advindas”;
- e) a Convenção nº 158 tem inspirado movimento oposto ao empenho de otimizar produtividade e qualidade no âmbito das empresas, e negociação entre estas e seus empregados, posto que fomentaria intervenção estatal e reduziria o círculo de mobilidade dos interlocutores;

“Além disso, no momento em que estudos voltados para a Administração Pública trazem conclusões acerca do desestímulo à produtividade que se apresenta na estabilidade conferida a muitas categorias profissionais, seria contraditório estendê-la, sem quaisquer critérios, aos trabalha-

dores do setor privado”, o que suscitaria a reação deste, justificável em face da quebra de um princípio de congruência entre políticas públicas;

g) “... no MERCOSUL, somente o Brasil aderiu a esta Convenção, procedimento aliás só ocorrido, em toda a América, pela Venezuela”. A propósito, é preciso, antes de aderir a tratados e outros ditames da ordem jurídica internacional, fazer uma avaliação prospectiva do comportamento econômico e político do País ante a comunidade mundial ou perante os seus parceiros regionais, periodicamente, “para que a constante alteração das circunstâncias não isole ou escravize a Nação por conta de compromissos assumidos no passado, os quais, se puderam ter algum apelo positivo ao momento da sua assunção, representam, depois, obstáculos ao bom desenvolvimento das diretrizes governamentais”.

#### IV. O Problema jurídico resultante da denúncia da Convenção 158 da OIT – opinião de Arnaldo Süssekind

O insigne jurista brasileiro Arnaldo Süssekind, sem dúvida um dos mais respeitáveis cultores da ciência jurídica no Brasil, especialmente na área do Direito do Trabalho – além dos títulos a que nos referimos atrás, ostenta o de mentor da CLT, visto que integrou a Comissão, nomeada pelo Governo em 29.01.42, que estruturou a Consolidação das Leis do Trabalho, sendo então Ministro do Trabalho o Sr. Marcondes Filho – de renome internacional, recebeu, com reservas de caráter jurídico, a denúncia da Convenção 158 da OIT feita pelo Brasil. Sua autoridade científica, na matéria, e sua indiscutível idoneidade moral movem o estudioso a

analisar e ponderar suas colocações a respeito, criteriosas e abalizadas.

Faz ele restrições à atitude do Governo brasileiro, em primeiro lugar, sob o aspecto do procedimento. Segundo entende, a contagem do prazo de dez anos, para poder efetivar-se a denúncia, faz-se a partir de quando o instrumento internacional entra em vigor para o Estado-Membro, ou seja, doze meses após sua ratificação; e não, como interpretou nosso Governo, da data em que ele começou a vigor no plano externo, ou seja, a partir da segunda ratificação. (No caso em foco, a vigência internacional iniciou-se em 23.11.85 e, para o Brasil, em 05.01.96). Funda sua opinião, quanto a esse ponto, na interpretação do artigo 17. § 1, da referida Convenção, segundo o qual o Estado “poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos, a partir da data da entrada em vigor inicial...”. Diz Süssekind: “O método de interpretação sistemática parece fundamentar essa conclusão, porque o § 2º do mesmo artigo prescreve que, se o Estado não usar do direito de denúncia no prazo previsto no parágrafo anterior, “ficará obrigado durante *um novo período de dez anos* e, sucessivamente, poderá denunciar esta Convenção à expiração de cada período de dez anos, nas condições previstas neste artigo”. Ora, se o parágrafo alude a ‘um novo período de dez anos’ para a vigência da ratificação nacional, é porque antes fluiu igual tempo de ratificação. Aliás, a lógica jurídica aponta para essa solução, porquanto afronta o bom senso admitir-se que um Estado possa denunciar um tratado que ratificou poucos dias antes, pelo fato de já vigorar no campo internacional, há dez anos”.

Outrossim, “ainda sob o prisma dos procedimentos para a denúncia previstos nas normas internacionais, afigura-se-nos, entretanto, que o Governo brasileiro não cumpriu o estatuído na Convenção 144, de 1976. Esse tra-

tado, ratificado pelo nosso país, determina “consultas efetivas entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores” a respeito de “propostas de denúncia de convenções ratificadas” (arts. 2º e 5º, letra e). Ora, segundo informa Arnaldo Süssekind, para a reunião realizada no Ministério do Trabalho em que foi comunicada, pelo Secretário Executivo, a intenção do Governo Federal de denunciar a Convenção 158, não foram convocadas as confederações nacionais de trabalhadores, as quais, pelo sistema confederativo de representação sindical adotado entre nós (Constituição Federal, art. 8º, II, III e IV), detêm, com exclusividade, a legitimação para representar os interesses coletivos das categorias profissionais em âmbito nacional. Das três centrais sindicais convidadas, uma retirou-se e duas protestaram contra o procedimento do Governo, eis que estava ausente à reunião o Ministro do Trabalho e não se propiciou qualquer análise de tão relevante questão.

Outra falha cometida pelo Governo brasileiro, no caso *sub examine*, diz respeito à competência para denunciar a Convenção.

A propósito, Arnaldo Süssekind distingue o *tratado-contrato* do *tratado-normativo*. O primeiro compõe interesses diversos entre dois ou mais Estados, com prestações recíprocas, podendo ser denunciado pelo próprio Chefe de Estado, que o ratificou. O segundo visa a produzir efeitos jurídicos em relação aos que vivem nos países que a ele aderiram. Quanto a este, há incorporação das normas internacionais à legislação nacional, eis que o instrumento foi aprovado pelo Parlamento e depois ratificado pelo Chefe de Estado, tendo como efeito revogar ou modificar as leis que dispunham em contrário. É o caso das Convenções aprovadas pela OIT, valendo notar que sobre tal efeito é pacífica, entre nós, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por sinal, a Constituição Federal de 1988 distinguiu, adequadamente, entre o tratado-contrato, firmado pelo Presidente da República *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 84, VIII), e o tratado-normativo adotado por organismo internacional, cuja ratificação deve ser precedida de aprovação pelo Congresso em resolução de sua exclusiva competência (art. 49, I). Vale assinalar que as convenções aprovadas pelos organismos da família das Nações Unidas, ao tratarem da denúncia da ratificação, referem “Estado”, “Parte” ou “Membro”, ao invés de “Governo”. Ora, Estado e Governo são entidades distintas, entendendo-se, em relação ao caso em apreço, que a manifestação do Estado dá-se pelo Congresso e o Presidente da República, enquanto que a do Governo, simplesmente por este.

Em abono da posição tomada pelo Governo brasileiro, na espécie, alega-se que a tradição em nosso país é no sentido de que o Poder Executivo pode denunciar sempre o tratado, sem ouvir o Congresso Nacional. Respalda-se no parecer emitido pelo preclaro jurista Clóvis Bevilacqua, de 05.7.26, então consultor jurídico do Itamaraty, sobre a possibilidade de o Brasil desligar-se da Sociedade das Nações, mediante denúncia do respectivo *Pacto*. Em seu primeiro parágrafo, o referido parecer expressava;

“Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado, que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1º, última parte. Essa proposição parece evidente, por si mesma. Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado;

portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas acha-se consignado o direito de o dar por extinto". (Pareceres, II, págs. 347 e segs.; in Direito Internacional Público, de J. F. Rezek, Ed. Saraiva, 6ª ed., 1996, pág. 114).

Esclarece Arnaldo Süssekind que, "com a criação da ONU e das entidades que compõem o seu sistema (OIT, OMS, FAO, UNESCO, etc.), tornou-se comum a adoção de convenções cujas normas destinam-se a criar direitos e obrigações para os habitantes dos Estados que, por ato soberano, ratificam-nas. A nova tendência do Direito Internacional refletiu-se nas constituições contemporâneas, sendo que algumas afirmaram a prevalência, dos tratados normativos ratificados, sobre as leis internas". Nossa Constituição Federal de 1988 consagra os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como fonte de direitos e garantias para os cidadãos, juntamente com os expressos em seu texto (TÍTULO II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; art. 5º, § 2º), do que se deduz que equipara uns aos outros.

Com esses fundamentos, ele afirma ser injurídico admitir a revogação da Convenção 158 da OIT por simples ato administrativo do Poder Executivo. "Até porque a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação (art. 1º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). A denúncia, por conseguinte, dever ser autorizada pelo Congresso Nacional ou submetida ao seu referendo, com a cláusula de condição suspensiva (a de-

núncia da ratificação, no sistema da OIT, só tem eficácia doze meses depois de registrada na Repartição Internacional)". (Revista CONSULEX – janeiro/97, pág. 6). E louva-se na lição do maior jurista brasileiro do último pós-guerra, Pontes de Miranda, *verbis*:

"Pode o Presidente da República, só, denunciar os tratados, convenções ou acordos que já foram aprovados pelo Poder Legislativo? Aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, *ad referendum* do Poder Legislativo". (Comentários à Constituição de 1967, vol. III, pág. 109; apud Revista CONSULEX – janeiro/97, pág.7).

## V. Proposta governamental de regulamentação do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal

Ao denunciar a Convenção 158 da OIT, em 20.11.96, o Governo brasileiro resolveu regulamentar o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, atendendo ao mesmo dispositivo, que prevê para isso lei complementar.

Nesse sentido, o Ministério do Trabalho elaborou anteprojeto de lei complementar, a ser apresentado oportunamente ao Congresso Nacional, o qual incorpora os princípios da referida Convenção, reproduzindo, fundamentalmente, o conteúdo dela.

No artigo 1º, exclui do âmbito de sua aplicação os servidores públicos estatutários e os empregados domésticos. É de notar, a propósito, que a Convenção 158 (art. 2) autoriza todo Estado-Membro a não aplicá-la a certas categorias de empregados, mencionando os contratados por prazo determinado, os em período de

experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, e os trabalhadores eventuais; bem assim certas categorias de pessoas cujas condições de emprego sejam regidas por disposições especiais que, no seu conjunto, proporcionem uma proteção pelo menos equivalente à prevista nela (caso dos servidores públicos, em nosso meio) e outras categorias limitadas de pessoas empregadas a cujo respeito apresentem-se problemas especiais de certa importância, levando-se em consideração as condições de emprego particulares dos trabalhadores interessados, a dimensão ou a natureza da empresa que os empregue.

No artigo 2º, considera não arbitrária a despedida decorrente de motivo tecnológico ou econômico e caracteriza, em seu parágrafo único, um e outro, *verbis*: “o motivo econômico configura-se ante a retração grave do mercado, pertinente à atividade da empresa e o tecnológico corresponde à implantação de novos equipamentos aptos a assegurar aumento de produtividade”.

No artigo 3º, define a despedida por justa causa, reportando-se ao disposto no artigo 482 da CLT, e estabelece, no parágrafo único, que ao empregado acusado da prática de ato faltoso deverá ser proporcionada a oportunidade de defender-se, antes de consumada a despedida, salvo quando, pela natureza da falta, não se mostre razoável a providência. Aqui, adota-se o conteúdo do artigo 7 da Convenção 158 da OIT.

No artigo 4º, estipula-se a reparação pela despedida arbitrária ou sem justa causa: o empregador terá a faculdade de reintegrar o empregado ou pagar-lhe indenização compensadora que, somada ao valor dos depósitos do FGTS no período de execução do contrato de trabalho rescindido, corresponda a um mês da maior remuneração do empregado por ano de serviço ou fração, com acréscimo em percentual ainda não fixado. Em se tratando de despedida por motivo

tecnológico – considerada não arbitrária – caberá ao empregado um acréscimo sobre a referida indenização, em percentual diferenciado. A Convenção 158, em seu artigo 10, prevê, como reparação pelo término da relação de trabalho, sua anulação e determinação ou proposta de readmissão do trabalhador, ou indenização adequada, ou outra reparação que for considerada apropriada, ficando a primeira solução aventada, na dependência da legislação e prática nacionais.

No artigo 5º, cuida-se da despedida coletiva por motivo tecnológico e da despedida por motivo econômico, prevendo-se, para cada uma dessas hipóteses, indenização com acréscimo em percentuais distintos, ainda não definidos.

No artigo 6º, conceitua as despedidas coletivas, como “as despedidas verificadas, simultânea ou sucessivamente, em período não superior a sessenta dias, que alcancem, pelo menos, dez, vinte e cinco, quarenta, sessenta e setenta e cinco trabalhadores, conforme se trate de estabelecimento com, respectivamente, até cem, mais de cem, mais de trezentos, mais de quinhentos ou mais de mil empregados”.

No parágrafo primeiro, indica as medidas preventivas que os empregadores devem tomar nesse caso, as quais correspondem às previstas nos artigos 13 e 14 da Convenção 158:

- a) notificação aos representantes dos trabalhadores interessados, informando-os dos motivos das despedidas previstas, do número e das funções dos trabalhadores afetados e do período durante o qual serão levadas a cabo as despedidas;
- b) examinar com os representantes dos trabalhadores a adoção das medidas tendentes a evitar ou limitar rescisões ou atenuar suas conseqüências;

- c) notificar simultaneamente a autoridade competente do Ministério do Trabalho, com as indicações retro.

É de notar que o artigo 13, inciso 2, e o artigo 14, inciso 2, da Convenção 158 sugerem que a aplicação das despedidas, nessa hipótese, só se faça quando o número dos trabalhadores cuja relação de trabalho tiver previsão para ser terminada, seja pelo menos igual a uma cifra ou a uma porcentagem determinadas do total do pessoal, como se dispuser na legislação e ou na prática nacionais.

No parágrafo segundo, dispõe que, decorrido o prazo de 15(quinze) dias da notificação aos representantes dos trabalhadores, o empregador poderá, em caso de se concretizar a despedida, dar o respectivo aviso prévio.

No artigo 7º, assegura a reintegração, com as vantagens correspondentes devidas na forma da lei, para o trabalhador despedido arbitrariamente ou sem justa causa, nas hipóteses de estabilidade previstas na Constituição Federal e nas relacionadas no artigo 492 da CLT (estabilidade decenal).

Pelo artigo 8º dá nova redação aos artigos 492 e 493 da CLT, especificando os casos de estabilidade no emprego e conceituando a falta grave. Assim, disporá o artigo 492 que terão direito à estabilidade no emprego:

- I- os empregados urbanos ou rurais, salvo os domésticos, que completaram dez anos de serviço na mesma empresa ou grupo de empresa, até 05.10.88, não-optantes pelo FGTS (adota o entendimento de que os períodos de trabalho prestados a mais de uma empresa do grupo econômico somam-se para efeito de aquisição do direito à estabilidade no emprego);
- II- o empregado eleito para Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, desde o registro de sua

candidatura até um ano após o final do mandato (consoante, aliás, a Constituição Federal, art. 10, II, "a", do Ato das Disposições Transitórias);

III- a empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (nos termos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, II, "b");

IV- o empregado afastado por motivo de acidente do trabalho, pelo dobro do período de afastamento, garantindo-se o mínimo de doze meses de estabilidade (garantia já instituída pela Lei nº 8.213, de 24.7.91, art. 118, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social);

V- os empregados que satisfizerem as condições para a aquisição desse direito, estipuladas em contratos individuais de trabalho, convenções ou acordos coletivos.

Quanto ao artigo 493 consolidado, sua nova redação reproduz a atual, no referente à definição de falta grave, e incorpora em parte a do artigo 492, *caput*, ao declarar a condição para a despedida do empregado com direito à estabilidade, ressaltando os casos de extinção da empresa ou do estabelecimento e assegurando ao empregado, neste último, a faculdade de transferir-se para outra unidade da empresa.

O artigo 9º do anteprojeto de lei complementar em foco trata da pena aplicável à empresa por infração grave de disposição desta lei, comprovada em processo submetido à Justiça do Trabalho, qual seja a multa de 2%(dois por cento) a 10%(dez por cento) do valor da condenação, imposta por aquela Justiça em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

## VI. Conclusão

Do quanto exposto, extraímos as seguintes conclusões:

- a) com a ratificação do respectivo instrumento, o Governo brasileiro assumiu, perante a OIT, os outros Estados-Membros e os demais organismos internacionais relacionados com a matéria (dentre os quais avulta a ONU, através de seu Conselho Econômico e Social – ECOSOC), o compromisso de fazer cumprir, no território nacional, a Convenção nº 158;
- b) ao entrar em vigor a referida norma no âmbito interno (em 05.01.96), o Brasil só podia denunciá-la dez anos após, ou seja, a partir de 05.01.2006;
- c) a pressa com que nosso país tomou essa providência – poucos meses depois do início da vigência – justifica-se em parte com o fato de que, dentre os países componentes do MERCOSUL, somente ele ratificara dita Convenção, o que, de certa maneira, criaria para ele uma situação de desvantagem em relação a seus parceiros naquele Mercado. Ora, como se sabe, a aplicação de norma dessa natureza – instituidora de garantias para os trabalhadores – importa em aumento do custo de produção das empresas, onerando o produto interno e, conseqüentemente, tornando menos competitivos no mercado externo os bens exportados;
- d) no entanto, como assinala Arnaldo Sússekind, houve um açodamento por parte do Governo – devido, provavelmente, à pressão da classe empresarial nesse sentido – para desobrigar o país de cumprimento da Convenção 158, como se este

- f) pesa contra a legitimidade da denúncia, ainda, a circunstância de que não houve autorização nesse sentido pelo Congresso Nacional, a qual se requer tanto para a ratificação, quanto para a denúncia do instrumento internacional. *Mutatis mutandi*, é o que ocorre em relação às leis ordinárias, em cujo nível de normatização situam-se as convenções da OIT ratificadas, adotando o Estado (como é o caso do Brasil) o sistema monista: sua aprovação e sua revogação (por outra lei) fazem-se, inquestionavelmente, pelo Poder Legislativo, no exercício de sua competência originária. Vale registrar, como faz Sússekind, que as convenções dos organismos da família das Nações Unidas, especialmente a OIT, ao tratarem da denúncia da ratificação, referem “Estado”, “Parte” ou “Membro”, e não fosse danoso à economia nacional (“andaram vendo ‘fantasmas’ onde não existem”). Dever-se-ia, ao menos, experimentá-la durante o prazo decenal que antecederia sua denúncia, para se aquilatar sua viabilidade, sua adequação à nossa realidade, sua utilidade, bem assim a conveniência de sua adoção para nós por tempo ilimitado;
- e) ademais, não foi observado o pressuposto para a denúncia, estipulado na Convenção 144 da OIT (que o Brasil, como outros Estados-Membros, devia cumprir pelo simples fato de havê-la ratificado), qual seja a submissão da proposta respectiva, sob a forma de consultas efetivas, aos representantes dos empregadores e aos dos trabalhadores, que, segundo nosso sistema jurídico, são os indicados, mediante eleição, pelos organizações sindicais (no caso, as Confederações Nacionais);
- f) pesa contra a legitimidade da denúncia, ainda, a circunstância de que não houve autorização nesse sentido pelo Congresso Nacional, a qual se requer tanto para a ratificação, quanto para a denúncia do instrumento internacional. *Mutatis mutandi*, é o que ocorre em relação às leis ordinárias, em cujo nível de normatização situam-se as convenções da OIT ratificadas, adotando o Estado (como é o caso do Brasil) o sistema monista: sua aprovação e sua revogação (por outra lei) fazem-se, inquestionavelmente, pelo Poder Legislativo, no exercício de sua competência originária. Vale registrar, como faz Sússekind, que as convenções dos organismos da família das Nações Unidas, especialmente a OIT, ao tratarem da denúncia da ratificação, referem “Estado”, “Parte” ou “Membro”, e não

“Governo”. Por isso, a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional (ou seja, a Convenção 158 da OIT) “não importou em autorizar o Poder Executivo a denunciar a correspondente ratificação se e quando lhe aprouver, porque, juridicamente, Estado e Governo são entidades distintas e os textos da OIT fazem nitidamente essa distinção” (Revista CONSULEX de janeiro/97, pág. 7). No caso presente, o Presidente da República poderia denunciar a Convenção 158 *ad referendum* do Congresso Nacional; mas isso também não aconteceu;

g) tal posição criou para o Brasil uma situação delicada em sua relação com a OIT e os demais membros da comunidade internacional, cabendo-lhe dar uma satisfação a ela, na tentativa de justificar a desobrigação dele em face do compromisso assumido com a ratificação da Convenção em tela, o que deverá fazer-se em relatório que apresentará regularmente à Secretaria-Geral (Repartição Internacional do Trabalho) da Organização, a propósito das convenções não ratificadas e das recomendações, cumprindo dispositivo da Constituição desta (art. 19, § 5, “e”, e § 6, “d”);

h) num aceno de boa vontade, visando a compensar a perda causada à classe trabalhadora com a denúncia da Convenção 158, o Governo brasileiro elaborou anteprojeto de lei complementar para regular a aplicação do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, através do qual procura restabelecer as principais garantias aos trabalhadores consagradas por aquela norma internacional. Assim procedendo, ele dispensa-lhe o tratamento adequado a uma recomendação – propõe

norma interna incorporando o conteúdo daquela. Praza aos céus que a mencionada proposta transforme-se na Lei Complementar objetivada, a fim de que se estabeleça entre nós o equilíbrio entre o capital e o trabalho, necessário para realização da justiça e a conseqüente paz social, numa época marcada pela globalização da economia, desregulamentação das relações de trabalho, privatização dos serviços públicos, que acarretam, inevitavelmente, a descontinuidade do trabalho, insegurança para o obreiro e a crescente perda do emprego, que se nos afigura o mais grave problema do nosso tempo nesse aspecto da vida humana.

## Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público, São Paulo, Ed. Saraiva, 12ª ed., 1996;
- ANDRADE, Agenor Pereira de. Manual de Direito Internacional Público, São Paulo, Ed. Sugestões Literárias, 1984;
- CONSULEX, Revista. Brasília, Editora Consulex, janeiro/1997.
- LITRENTO, Oliveiros. Manual de Direito Internacional Público, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979;
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Público, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 10ª ed., 1994;
- POTOBSKY, Geraldo W. von e BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. La Organización Internacional del Trabajo, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990;
- REZEK, J. F. Direito Internacional Público, São Paulo, Saraiva, 6ª ed., 1996;
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr Ltda., 2ª ed., 1987;

# A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Leonardo José Carneiro da Cunha  
Mestrando em Direito pela Universidade Federal  
de Pernambuco – Advogado.

## SUMÁRIO

I- Introdução. 1- Conflitos de interesses e sua solução. Da autotutela à jurisdição. II- Arbitragem. 2.1- Sua disciplina normativa no Brasil. 2.2- A arbitragem na nova legislação. III- O princípio do juiz natural.

## I – Introdução

### 1. Conflitos de interesses e sua solução. Da autotutela à jurisdição.

A história política denota que tanto o abuso como o desvio de poder resultam de sua concentração em um único órgão ou pessoa a quem é confiado. Daí a necessidade de ser dividido em três, consoante a clássica doutrina de Montesquieu.

Em razão da unicidade e indivisibilidade do poder, a entremostar a impossibilidade de reparti-lo tal como expressado na doutrina proposta por Montesquieu, impõe-se adotar a denominação científica segundo a qual o poder é dividido em três funções, a saber: administrativa, legiferante e judiciária.

Quanto ao exercício de tais funções, é confiado a órgãos denominados Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. É de ressaltar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de forma exclusiva, a função que nominalmente lhe corresponde, mas tem nela sua competência predominante ou principal.

Dentre as funções do Estado, desponta com invidiosa importância a jurisdição por meio da qual “o Estado intervém nas ocasiões de violação do direito objetivo ou nas contestações relativas à existência ou extensão de uma situação jurídica subjetiva; ordena a reparação, repressão ou anulação, conforme o caso, quando há dolo do direito objetivo; estabelece as medidas pertinentes para assegurar a consecução de situações jurídicas subjetivas de que reconhece a existência e extensão”.<sup>1</sup>

Significa que, diante de um conflito entre duas pessoas, erige-se a necessidade de acionar o Estado-Juiz para que possa solucionar a questão, seja para dizer qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto, seja para fazer com que essa vontade seja cumprida coativamente.

Não era, contudo, o que ocorria nas fases primitivas da civilização. Realmente, as organizações primitivas revestiam o matiz individualista, não se constituindo como o Estado moderno, estruturado nos moldes atuais<sup>2</sup>.

Inexistindo, naquelas fases, um Estado dotado de meios necessários para regular as atividades dos indivíduos sociais, não havia um órgão ao qual se pudesse atribuir competência para garantir o cumprimento do direito. Assim, os conflitos de interesses, materializados em pretensões resistidas ou não satisfeitas, eram dirimidos pelos

1 Léon Duguit. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996, p. 52.

2 Não é sem razão que Ivo Dantas ressalta que o Estado, tal como atualmente conhecido, originou-se a partir do século XVI como decorrência de um processo histórico das organizações políticas (cf. *Teoria do Estado – Direito Constitucional I*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1989, pp. 86-89).

próprios indivíduos, prevalecendo a força, a astúcia ou a ousadia ante a fraqueza ou a timidez. Sobressaía, desse modo, a autotutela (ou autodefesa), caracterizada pela ausência de juiz distinto das partes e, bem assim, pela imposição da decisão por uma das partes à outra.<sup>3</sup>

A par da autotutela, vigorava a autocomposição como forma de solução possível dos conflitos em que uma das partes, ou ambas, concede ou abre mão do interesse ou de parte dele. Restam como resquícios da autocomposição a *desistência*, a *submissão* e a *transação*, dentre as quais pontifica esta última em que se desnuda a existência de concessões mútuas e recíprocas das partes com vista a prevenir o ingresso em juízo, dirimindo, de logo, suas controvérsias.

É intuitivo que os meios de autocomposição, assim como a autotutela, revistam o timbre da parcialidade, já que, na expressão de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, “dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas”.<sup>4</sup>

Em face das deficiências que encerravam os meios de autocomposição, passou-se a, progressivamente, adotar medidas que implicassem solução amigável e imparcial aos conflitos de interesses, os quais eram submetidos ao crivo de pessoas da confiança mútua das partes, denominadas de árbitros. Trata-se da denominada *arbitragem voluntária* que passou a revestir contornos mais nítidos no direito romano. Com efeito, ao ser submetida determinada questão ao pretor, este apenas indicava o direito aplicável à espécie, devendo as partes escolher um árbitro (*judex*) a quem incumbia decidir a causa.<sup>5</sup>

3 Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 25.

4 *ob. cit.*, p. 25.

5 Cf. José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

Com o desenvolvimento e aperfeiçoamento desse procedimento, surgiu a *arbitragem obrigatória* na qual se originou o processo como um conjunto de atos destinados a um fim específico, qual seja a composição do litígio.

A partir daí, o Estado surge como o único detentor do Poder Soberano no qual se inclui a jurisdição como parcela desse poder ou, mais propriamente, como uma de suas funções. No dizer de Moacyr Amaral Santos, “se reconheceu que nenhum outro poder encontra-se em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida”.<sup>6</sup>

Das mais variegadas definições da jurisdição<sup>7</sup> inferre-se que ela constitui, ao mesmo tempo, *dever*, *poder*, *função* e *atividade*. Isso porque, detendo o Estado o monopólio da jurisdição, tem o *dever* de prestar a tutela jurisdicional dirimindo as questões e conflitos que lhe são submetidos. Para tanto, é preciso que se mantenha estruturado para decidir imperativamente e impor decisões, razão pela qual a jurisdição ostenta evidente feição de *poder*, sendo, como visto, parcela do Poder Soberano ou uma de suas faces. Daí ser *função* estatal, expressada na incumbência que têm os órgãos jurisdicionais de compor as lides mediante o processo, desenvolvido em sucessivos atos que caracterizam a jurisdição como *atividade*.

6 *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1993, p. 67.

7 À definição de jurisdição proposta por Léon Duguit – já transcrita – acrescem aquelas formuladas pelos mais íncritos processualistas. Segundo Athos Gusmão Carneiro, a jurisdição consiste no “poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos” (*Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.). É digna de nota a definição apresentada por Francisco Wildo Lacerda Dantas para quem, “a jurisdição vem a ser a realização autoritativa do direito, pela remoção, através da atuação estatal, provocada, das situações obstáculos existentes, através de uma atividade plenamente vinculada.” (*Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 32). Há que registrar, ainda, a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco de cujo enunciado deflui que jurisdição “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.” (*ob. cit.*, p. 113).

Ao dever do Estado de dirimir as questões e conflitos contrapõe-se o direito de ação conferido aos jurisdicionados, materializado no devido processo legal mediante o qual se obtém um pronunciamento judicial justo com a garantia do contraditório e da ampla defesa. No espectro da garantia constitucional do *due process of law* insere-se o princípio do juiz natural segundo o qual *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (CF, art. 5º, LIII), do que resulta a proibição de juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII).

Aí está uma aligeirada noção do desenvolvimento histórico das formas de solução de conflitos cujo corolário repousa na jurisdição. Esta, por seu turno, é exercida pelo Estado a quem compete dirimir os litígios entre os indivíduos sociais, exatamente por ser defeso o exercício da autotutela.

Em que pese a vedação à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões, sobressaem determinados casos excepcionais previstos no ordenamento jurídico indicativos de que a própria lei obvia a proibição apontada. Tomem-se como exemplos o direito de retenção, o desforço imediato, o penhor legal e alguns outros.

Se é indubitável que o sistema jurídico repugna a autotutela por se situar à ilharga da jurisdição – ressalvadas as exceções expressamente minudenciadas em lei – não é menos certo que admite a *autocomposição* como meio alternativo de solução dos conflitos a ponto de ser estimulada em recentes diplomas legais.<sup>8</sup>

8 Tanto na CLT como na Lei nº. 9.099/95 (Juizados Especiais) exsurge a conciliação como modo precípua de conduzir as partes à autocomposição no curso do processo. A Lei nº. 8.952/94 introduziu o inciso IV ao art. 125 do CPC, caracterizando a tentativa de conciliação como um dever do juiz. Além disso, cumpre lembrar que o próprio CPC (art. 269, II, III e V) admite a utilização de três formas de autocomposição para efeito de dar solução definitiva ao litígio (julgamento de mérito).

E, dentre os meios alternativos de solução dos conflitos, releva a arbitragem como instituto a ser abordado no presente estudo, sendo imperioso atentar para sua compatibilidade com o princípio do juiz natural que assegura sejam os litígios submetidos ao crivo do Poder Judiciário, notadamente em razão da inafastabilidade de sua apreciação (CF, art. 5º, XXXV).

## II – Arbitragem

### 2.1- Sua disciplina normativa no Brasil

Como já acentuado, um conflito de interesses existente entre duas pessoas enseja, de regra, o recurso ao Poder Judiciário ao qual se postula a resolução da pendência surgida. Podem as partes, no entanto, celebrar transação, solucionando suas controvérsias mediante concessões mútuas, pelo que extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.

Quando a solução das controvérsias é cometida a terceiro, e não às próprias partes, tem-se o juízo arbitral, instituído em virtude de compromisso adrede celebrado entre as partes.

No particular, merece registro a discussão doutrinária em torno da natureza jurídica do compromisso arbitral. Enquanto autores de nomeada sustentam a tese de que se trata de instituto de direito material, outros não menos eminentes defendem seu caráter estritamente processual.<sup>9</sup> Ao que parece, o ordenamento jurídico pátrio enquanto considerou o compromisso como instituto do direito material (CC, arts. 1.037 a 1.048), atribuiu ao juízo arbitral contornos processuais (CPC, arts. 1.072 a 1.102).

De qualquer sorte, o importante é que “o juízo arbitral é a instância que se forma por árbitros escolhidos num compromisso entre pessoas capazes de contratar e

que estão em pendência".<sup>10</sup> Resulta daí que o juízo arbitral de que se cuida não compreende aqueles de direito público, estabelecidos entre Estados ou entre estes e organismos supra-estatais.<sup>11</sup>

Os referidos dispositivos legais que até então disciplinavam o compromisso e o juízo arbitral vinham se revelando insuficientes à sua viabilidade prática, visto que impunham requisitos que se mostravam impedientes à sua adoção pelas partes.

Com efeito, a despeito da estipulação de cláusula compromissória, se a parte faltosa não comparecesse para firmar o compromisso, não havia meios de compeli-la a tanto, pois de nenhuma força vinculativa era dotada tal previsão contratual.<sup>12</sup> Além disso, despontava como óbice à instituição do juízo arbitral a exigência de homologação judicial do respectivo laudo para que lhe fosse conferido foros de jurisdição e de coercibilidade, constituindo, ainda, requisito de sua execução.

Não é ocioso aduzir que, não obstante a disposição insita no art. 1.078 do CPC, a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral implicava a reapreciação do mérito da decisão do árbitro, dando ensejo à nova discussão da matéria no âmbito do Poder Judiciário.<sup>13</sup> Desapareciam, assim, as vantagens da arbitragem, a saber: simplicidade, economia e rapidez.

9 Dentre os que defendem a natureza material do compromisso, pontifica M. I. Carvalho de Mendonça (*Doutrina e Prática das Obrigações*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1938, pp. 630-631). Quanto aos que perfilham a tese da natureza processual do compromisso, destaca-se Hamilton de Moraes e Barros (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 374-375).

10 Hamilton de Moraes e Barros. *ob. cit.*, p. 371.

11 Sobre o assunto, esclarece Pontes de Miranda que não se deve atribuir a natureza de direito público ao juízo arbitral no qual figura o Estado em lide com particular, discutindo matéria atinente ao direito privado (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pág. 223 e ss.).

12 Antônio Carlos Rodrigues do Amaral. *A Nova Lei de Arbitragem*. In *Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª. quinzena de abril de 1997 - n.º. 7/97 - caderno 3 - p. 135.*

13 Antônio Carlos Rodrigues do Amaral. *ob. cit.* p. 133.

Ora, a exigência de se submeter o laudo arbitral à homologação de juiz de direito retirava a simplicidade que deveria gizar a atuação do juízo arbitral, acarretando, ainda, ônus adicionais às partes que deveriam arcar com as custas judiciais, além do que não se teria uma solução célere, já que a decisão do árbitro ficava sujeita a reexame, transmutando-se em verdadeira lide judicial.

As dificuldades também tocavam aos laudos arbitrais proferidos no exterior. Afora a necessidade de homologação pelo Supremo Tribunal Federal deveria o laudo ter sido igualmente homologado pelo órgão jurisdicional competente da localidade onde fora proferido. Conforme esclarece Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, embora a análise do STF se restringisse aos aspectos formais do laudo, impunha-se verificar se a citação teria obedecido aos requisitos da lei brasileira, o que dava azo à utilização de carta rogatória cujo procedimento é complexo, moroso e altamente dispendioso<sup>14</sup>.

Diante de tais dificuldades que acarretaram o desuso do juízo arbitral, editou-se a Lei n.º. 9.307, de 23.09.96, por meio da qual se revogaram as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil a ele relativas ao tempo em que se introduziram modificações na sua estrutura, objeto de destaque no presente estudo.

## 2.2- A arbitragem na nova legislação

Assim como dispunha a legislação anterior, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Quanto aos tipos de arbitragem, restaram mantidas a de direito e a de equidade.

Inovação que merece relevo é a que faculta às partes a escolha das regras de direito a serem aplicadas na

14 *ob. cit.*, p. 133.

arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Em vez de escolher as regras de direito aplicáveis à espécie, as partes poderão convencionar que a arbitragem realize-se com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Não há mais que se falar em laudo arbitral. A nova terminologia adotada pela lei de regência refere-se à sentença arbitral, passando a constituir título executivo judicial, incluído no elenco do art. 584 do CPC. No tocante à competência para sua execução, não a tem o árbitro, devendo ser utilizada a via judicial.

As sentenças arbitrais proferidas no exterior passaram a depender, unicamente, da homologação do Supremo Tribunal Federal, não mais se exigindo igual formalidade no local onde for proferida.

Quanto à cláusula compromissória, passou a ter eficácia com o novo texto legal. Isso porque, diferentemente do que enunciava a legislação revogada, caso haja resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo, a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

A atuação do juiz restringe-se à constituição do compromisso arbitral e, havendo discórdia entre autor e réu, poderá nomear árbitro para a solução do litígio. Poderá o juiz, contudo, tentar conciliar as partes antes da celebração do compromisso arbitral.

Já se vê que ao juiz é vedado decidir sobre o conflito existente entre as partes. Deverá, apenas, solucionar a pendência no que respeita à celebração do compromisso e à nomeação do árbitro a quem competirá a decisão final acerca da controvérsia instalada.

Eis por que a sentença, proferida pelo árbitro, não fica mais sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder

Judiciário. Vale dizer que a sentença arbitral é definitiva, não havendo possibilidade de recurso ao Poder Judiciário em relação ao seu mérito, mas apenas no que tange aos seus aspectos formais.

Explica-se. Para a validade da sentença arbitral, devem ser atendidos alguns requisitos exaustivamente capitulados na lei que passou a disciplinar a arbitragem. A ausência de qualquer desses requisitos implicará a nulidade da decisão do árbitro, o que poderá ser decretado pelo Judiciário. Relativamente à decisão em si, ou seja, ao mérito da sentença arbitral, é irrecorrível, não sendo possível juridicamente o ingresso em Juízo para reformá-la.

Questiona-se a constitucionalidade de tal disposição, seja porque a Carta Magna assegura a inafastabilidade do controle judicial, seja por não admitir tribunal ou juízo de exceção, resultando garantido o princípio do juiz natural.

Abstráda a segunda hipótese que será analisada com maior destaque, impende referir à compatibilidade entre o juízo arbitral e o princípio constitucional que assegura o amplo controle judicial, impedindo sua exclusão de qualquer lesão ou ameaça ao direito.

Pelo que se verifica tanto da legislação revogada como da que ora disciplina a arbitragem, sua utilização pelos indivíduos sociais é facultativa, não havendo dispositivo algum que subtraia da jurisdição ordinária o conhecimento das questões entre as partes, para submetê-las, impositivamente, à arbitragem.<sup>15</sup>

Impõe-se insistir na assertiva para que restem escoimados quaisquer argumentos no sentido de que o juízo arbitral, tal como atualmente disciplinado, não se coaduna com o texto constitucional.

15 Na lição de Hamilton de Moraes e Barros, "uma coisa é facultar que as pessoas percorram outros caminhos, para o acertamento das suas relações, e outra, bem diferente, é afastá-las, de modo imperativo, do direito à jurisdição estatal." (*ob. cit.*, p. 377).

As partes, em vez de recorrerem ao Judiciário, podem se valer do juízo arbitral para solucionar suas controvérsias ou dúvidas. O que a Lei Maior não admite é que dispositivo legal obrigue as partes a submeterem suas questões a árbitros, vedando o acesso aos órgãos jurisdicionais.

A utilização de árbitros afigura-se como mais um meio alternativo de que podem se valer as pessoas para acertarem suas relações e solucionarem suas pendências, não havendo qualquer exclusão de lesão ao direito individual da apreciação do Poder Judiciário.<sup>16</sup> Tanto assim é que, caracterizada alguma eiva na sentença arbitral, poderá qualquer das partes postular em juízo a correspondente declaração de nulidade.

Indubitável, portanto, que inexistente incompatibilidade de alguma entre o juízo arbitral e o princípio constitucional que assegura a apreciação judicial sobre qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo.

Posta a questão, resta aludir ao princípio do juiz natural para concluir se é ou não ofendido pela instituição da arbitragem.

### III – O princípio do juiz natural

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seu art. 5º que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (XXXVII) e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (LIII), adotou o princípio do juiz natural.<sup>17</sup>

Importa assinalar que o princípio do juiz natural apresenta-se sob duplo aspecto, seja por se identificar com o princípio da investidura (somente é juiz aquele que for

16 Hamilton de Moraes e Barros. *ob. cit.*, p. 378.

17 Nelson Nery Júnior esclarece que a proibição de existência e criação de tribunais de exceção é complemento do princípio do juiz natural, denominado tanto pelos alemães como pelos portugueses de princípio do juiz legal (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 64).

regularmente investido de jurisdição), seja por ser vedada criação de tribunal *ad hoc* ou de exceção. A propósito, é oportuno lembrar que tribunal de exceção é aquele constituído especialmente para determinado caso específico, ao sabor de conveniências e interesses pessoais.<sup>18</sup>

O princípio do juiz natural, como se percebe, resume-se na proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente, desdobrando-se em três conceitos:

- a) somente aqueles previstos na Constituição Federal constituem órgãos jurisdicionais;
- b) não se admite a criação de órgão ou tribunal especificamente para julgar determinado fato;
- c) há que se atentar para as regras de competência fixadas legalmente, de modo a impedir qualquer espécie de alternativa outorgada à discricionariedade de quem quer que seja.<sup>19</sup>

Há que se ter presente a diferença entre tribunal de exceção e prerrogativa de foro. Enquanto aquele é instituído exclusivamente para o julgamento de determinado caso, esta resulta de favorecimento, previsto em lei, a determinadas pessoas em razão de interesse público. É o que ocorre, por exemplo, com a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de crimes praticados por membros do Congresso Nacional (CF, art. 102, I, *a*). Outro exemplo que merece destaque é o de ação de alimentos cuja competência fixa-se pelo foro da residência do alimentando (CPC, art. 100, II).<sup>20</sup>

18 Cf. Francisco Wildo Lacerda Dantas, *ob. cit.*, p. 43.

19 Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *ob. cit.*, p. 51.

20 Sobre o assunto, consulte-se Nelson Nery Júnior, *ob. cit.*, p. 65. Ali o eminente doutrinador ressalta que a competência outorgada ao Senado Federal para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade constitui manifestação de prerrogativa de foro em razão da função, não se caracterizando juízo ou tribunal de exceção. Realmente, a competência do Senado Federal deflui da Carta Magna, constituindo pressuposto legal previamente definido.

A competência fixada em face de prerrogativa de foro, a toda evidência, não entra em testilha com o princípio do juiz natural. De igual modo, os foros de eleição – aqueles constituídos por convenção das partes – não afrontam tal princípio constitucional, desde que contratados dentro dos limites da lei, ou seja, versem sobre competência *relativa* (territorial ou em razão do valor).

Infere-se daí que o princípio do juiz natural só tem aplicabilidade aos casos de competência absoluta, uma vez que a relativa pode ser modificada, ou, adotando-se a terminologia legal prorrogada pelas partes.

Na realidade, o que o princípio do juiz natural pretende evitar é a instituição de tribunais ao exclusivo alvedrio de qualquer interessado, apenas para o julgamento de determinado caso, burlando-se, assim, a competência fixada pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional.

Como visto, podem as partes contratantes instituir árbitros, fora da jurisdição estatal, para submeter-lhes as questões conflitantes que provenham do correspondente contrato.

Antes do início de vigência da nova lei que disciplina a arbitragem, o laudo do árbitro deveria, necessariamente, ser homologado pela autoridade judiciária, circunstância que, segundo remansosa doutrina, tinha o condão de retirar do juízo arbitral qualquer feição jurisdicional.<sup>21</sup>

Não mais existindo essa exigência, passou-se a admitir que o juízo arbitral exerce induvidosa atividade jurisdicional. É forçoso concluir, então, que a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário.<sup>22</sup>

Tanto assim, é que, a nova lei de regência passou a denominar a decisão do árbitro de sentença, atribuindo-

21 É o que esclarecem, dentre outros, Francisco Wildo Lacerda Dantas, Hamilton de Moraes e Barros, além de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco (obras já citadas).

22 Nelson Nery Júnior, *ob. cit.*, pp. 73-75.

lhe a feição de título executivo *judicial*, numa inequívoca indicação de que reveste o timbre de provimento proferido por órgão que detém parcela da jurisdição. Resta desenganado, portanto, que a sentença arbitral tem força de coisa julgada, tal como aquela emanada do juiz de direito.

A assertiva tem a confirmá-la a própria sistemática processual em vigor. De acordo com o art. 1º do CPC, “a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”.

De sua vez, o art. 92 do mesmo diploma legal estabelece ser da competência exclusiva dos juízes *de direito* o julgamento de processos de insolvência e de ações que digam respeito ao Estado e à capacidade da pessoa.

Ora, enquanto o art. 1º refere-se a juízes em sentido amplo, o art. 92 alude a juízes *de direito*, delimitando sua competência exclusiva. Vale dizer que, excluídas aquelas ações, as demais podem ser processadas e julgadas por *juízes arbitrais*, que não são *juízes de direito*.

Desse modo, é curial que no gênero juízes incluem-se os de direito e os arbitrais aos quais é conferido o poder de exercer a jurisdição estatal para efeito de ser dada solução aos conflitos dos indivíduos, atendendo de forma mais célere às exigências sociais.

A arbitragem, tal como disciplinada na atual lei de regência, constitui meio plenamente legítimo e eficaz para que os sujeitos de direito possam dirimir as controvérsias entre eles existentes. Sua utilização não configura qualquer ofensa ao princípio do juiz natural, mesmo porque resulta de faculdade conferida às partes contratantes para a solução de questões que se relacionem com direitos disponíveis.

Trata-se de mais um meio alternativo de composição de litígios do qual podem as partes se valer.

# INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Luiz Vicente Cernicchiaro

Professor da Universidade de Brasília. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

1. O Direito Processual Penal moderno visa a evidenciar a verdade real, ou seja, o fato histórico narrado na denúncia, ou na queixa. Não mais se admitem presunções, decorrentes da lei ou extração de conclusões evidenciadas por Deus, como ocorreria com as ordálias.

Baniu-se a classificação de provas de modo a que uma seja mais importante, significativa, relevante do que outra, a pouco e pouco supera-se também, a discriminação social de a prova valer conforme o *status* da testemunha.

A Constituição da República de 1988 consagra o princípio de serem, em juízo, admitidos todos os meios de prova; registra, porém, uma ressalva: se obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI). A colocação é lógica. O Direito não pode agasalhar o que ele mesmo rejeita. O dispositivo relaciona-se com a intimidade (bem jurídico, nos últimos tempos, vem recebendo o devido cuidado) também preocupação da Carta Política. Tanto assim, consagra a inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou processual penal” (art. 5º, XII).

Em trabalho anterior – Da Prova Penal – entendi desnecessária a regulamentação. A norma constitucional seria auto-aplicável, extensão extraída de interpretação lógica da Carta Política. Continuaria vigente o Código Brasileiro de Telecomunicações.

Sem dúvida, a preocupação com a escuta telefônica visa a preservar a intimidade. Resguardá-la de injustificadas investidas de curiosos, perturbando o homem que deseja afastar-se da sociedade. De *socius*, tem o direito de ser *individuus*. Qualquer pessoa pode, querendo, resguardar-se da intromissão de terceiros. Nem o Estado poderá fazê-lo sem motivo plausível.

O raciocínio desenvolvido, em síntese, é o seguinte: a Constituição sempre protegeu a intimidade, embora, literalmente, só o faça recentemente. É tradição, no entanto, nossas Cartas Magnas conferirem atenção ao domicílio (art. 5º, XI), entendendo que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

O domicílio expressa a intimidade. Apesar disso, não é protegido de modo absoluto. Tanto assim, qualquer pessoa, nele poderá entrar, em caso de flagrante delito ou de desastre, ou para prestar socorro.

Assim, se ali estiver sendo praticado um crime, o ingresso é liberado para efetuar-se a prisão em flagrante.

Dessa forma, a intimidade não é direito absoluto. Está sujeita a restrições, apreendidas em análise sistemática.

Também é certo, na intimidade, pode ocorrer crime. A troca de idéias, diretamente entre os interlocutores, ou através de recursos técnicos, de que a telefonia é exemplo, é preservada. Todos têm direito a que a conversação não seja conhecida senão dos interlocutores e a quem eles consentirem. Não se pode abrir mão da reserva da vida privada. Se, na intercomunicação, ou através dela, consentam-se infrações penais, tal com acontece com o resguardo do domicílio, em caso de flagrante delito, é admissível a interferência de terceiro. Urge fazer-se “pendant” entre a intimidade e a prática de delitos, na in-

timidade. Se a primeira é expressão de cidadania, a segunda se evidencia intolerável. O Direito não veda, não restringe a atuação de qualquer do povo, ou de seus agentes de promoverem a prisão em flagrante.

Cautelarmente, impunha-se tomar como referência as circunstâncias de quebra da inviolabilidade do domicílio.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, firmou orientação de necessidade do texto legislativo. A norma, em toda sua extensão, não seria auto-aplicável.

A emenda do *HABEAS CORPUS* nº 69.912-0-RS (DJ 25-03-94), Relator o Ministro Sepúlveda Pertence é elucidativa do conteúdo do acórdão:

“Prova Ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da Exigência de Lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do Art. 5., xii, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a Tese da Contaminação das Provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento de Ministro Impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos Constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, di-

reta ou indiretamente, nas informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.”

Essa decisão colocou ponto final do debate da imprescindibilidade de lei ordinária, dado o Supremo Tribunal Federal ser o intérprete da Constituição. O tema, sem dúvida, é nitidamente de nível constitucional.

2. A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 – regula o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal – é o texto legislativo que disciplina a interceptação telefônica. Norma recente, como costuma acontecer, chama a atenção do intérprete e sugere aspectos mercedores da atenção do jurista.

3. Antes de mais nada, precedendo a incisiva análise dos dispositivos legais, útil, senão necessário, definir a – natureza jurídica – da interceptação telefônica.

O art. 5º, XII da Carta Política merece ser lido com atenção: “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A comunicação telefônica (expressão de intimidade) é inviolável: garantia constitucional. A própria Constituição, entretanto, apressou-se em instituir restrição, autorizando a interceptação nos casos e modos de lei específica.

Evidencia-se, portanto, a interceptação telefônica é limitação ao direito de intimidade, consentimento para a interferência nas ligações telefônicas. A intimidade, por isso, sofre restrição, nas hipóteses e na forma da lei nº 9.246/95.

A restrição não alcança somente a intimidade; interfere também no exercício do direito de prova. Aqui, importante observá-lo quanto à espécie de prova e a sua produção. Tecnicamente, e consoante a nomenclatura adotada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, toca a valoração da prova, *verbis*:

“Agravos Regimentais – Prova – Valoração – Interpretação – Distinção – A valoração da prova é relativa ao ato jurídico perfeito. Adequação da prova à Constituição e à lei ordinária. Compreende admissibilidade e formação consoante o ordenamento jurídico. A primeira é consentimento, constatável em plano meramente normativo. A segunda, porque relacionada com os princípios de realização, própria também da experiência jurídica, não se confunde com a interpretação da prova, ou seja, avaliação dos dados fáticos elaborada pelo magistrado” (AR no AG nº 18.237-SP, julgado em: 24.02.92).

A defesa tem o direito de acompanhar a produção da prova. Tanto assim, poderá, em caso de perícia, formular quesito e nomear assistente do perito oficial. Somente assim, ter-se-á plenitude de defesa, dado o procedimento de sua elaboração facultar aos interessados acompanhar todos os pormenores. Não se esqueça ainda o direito de ser ouvido e fazer perguntas às testemunhas. Não há sessão judicial alguma realizada sem o réu ser intimado de seu lugar e hora. A Constituição, mais uma vez, é enfática: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes” (art. 93, IX). Se assim não for, frustrado

será o contraditório. O Pacto de San José de Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos) estatui no artigo 8º, ao arrolar as Garantias Judiciais: “b) Comunicação prévia e pormenorizada ao réu da acusação formulada; c) Concessão ao réu do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

Pois bem, a Lei nº 9.246/96 determina que a interceptação se faça em – segredo de justiça (art. 1º).

Tem-se, portanto, limitação também ao exercício do direito de plenitude de defesa.

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza se destina a colher prova em investigação criminal e em instrução processual penal (art. 1º).

Logicamente, por essa extensão, poderá ser provocada por representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público, ou decidida de ofício pelo Juiz de Direito.

Em sendo assim, dar-se-á antes, ou durante o inquérito policial, ou no correr da instrução criminal.

Esse arco é importante e explica o que se busca evidenciar, ou seja a natureza jurídica do instituto.

Cumpra registrar a distinção que segue: interceptação – antes – ou – depois – de instaurado o processo penal. Há, pois, três situações jurídicas:

- a) antes de instaurado o inquérito policial;
- b) depois de instaurado o inquérito policial;
- c) durante o processo penal.

As duas primeiras situações evidenciam (porque anteriores à formação do processo penal) produção antecipada de prova.

O inquérito policial é de natureza administrativa; recolhe dados úteis para evidenciar, em nível de juízo de probabilidade, a existência da infração penal e instruir a denún-

cia, obediente ao critério moderno de a imputação vir amparada em indícios que justifiquem o processo penal.

“HC – Penal – Processual Penal – Denúncia – Requisitos – A denúncia, como imputação, deve narrar os fatos delituosos em todas as circunstâncias. Cumpra ser formal e materialmente apta, no sentido de satisfazer a referida descrição e apoiar-se em indícios de existência da infração penal” (HC nº 3.131-8/PE, julgado em 18.04.95).

Quando, entretanto, a interceptação é autorizada para instruir o processo penal, tem-se pura e simplesmente, prova penal, todavia, disciplinada por procedimento especial.

**4. PROCEDIMENTO** – O procedimento é o mesmo, seja a prova realizada antes, ou durante o processo penal.

Tal procedimento, dada a natureza jurídica da interceptação telefônica, é regido pelo critério – *numerus claurus*. Não pode ser ampliado e os requisitos, evidente, restritos, precisam ser observados, além de a decisão do juiz devidamente fundamentada.

A Lei nº 9.296/96 estatui no art. 3º que a interceptação poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, e do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Cautelarmente, o art. 4º determina que a solicitação conterà demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração penal, indicados os meios a serem empregados. Todavia, o texto legal restringe ainda mais, dispondo: “não será admitida a interceptação” se “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis” (art. 2º, II).

Evidencia-se, a lei elegeu o princípio da proporcionalidade, tão ao gosto dos escritores alemães, para a concessão da ordem. Vale dizer: cumpre ao magistrado, ponderar o significado do bem jurídico – intimidade – e a sua quebra. Para tanto, o juiz deve levar em conta os dados que seguem:

- a) existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- b) indagar-se se a prova pode ser feita por outros meios disponíveis;
- c) o fato constituir infração penal punida com reclusão.

Com esse rigor, a lei visou a impedir mera aventura, ou que a diligência se restringisse a simples curiosidade, ou instante para perturbar alguém.

Em face disso, o requerimento (*rectius* – representação) da autoridade policial deve ser fundamentado, evidenciando os requisitos mencionados. Se não o fizer, mostrar-se-á inepto, merecendo, por isso, indeferimento liminar:

As mesmas considerações são válidas para o Ministério Público.

O Juiz precisa ser sensível para decidir se outro meio de prova poderá conduzir ao mesmo resultado, ou seja, captar elementos probatórios para evidenciar a conduta descrita na representação da autoridade policial, ou no requerimento do representante do Ministério Público. Recomenda-se adotar o critério da razoabilidade, ou seja, coerente com as circunstâncias do caso concreto. Os requisitos constantes dos incisos I e II do art. 2º, da Lei 9.246/96 carregam evidente dose de subjetividade. Todavia, para não se transformar em arbítrio, contrariando a restrição que encerra, urge que o despacho analise os dados objetivos, por exemplo, de lugar, hora e recursos téc-

nicos. Em havendo disponibilidade de outros meios probatórios, evidente, impor-se-á o indeferimento.

A interceptação telefônica, por isso, é admissível apenas na impossibilidade de o fato ser apreendido por qualquer outro meio de prova.

**5. EXTENSÃO** – Toda norma jurídica porque expressa conceito, encerra, em termos de Lógica Menor, uma idéia. Esta, por seu turno, evidencia compreensão e extensão. A primeira projeta a qualidade e a segunda o número de objetos (quantidade) da idéia.

O art. 2º, III foi bastante parcimonioso. Adotou o sistema de verificação prévia, ou seja, nenhuma interceptação será lícita se o Juiz não a autorizar.

A legislação comparada, como, na Itália, Espanha e Portugal, conciliou esse critério com o sistema de verificação *post factum*, ou seja, a autoridade policial e o Ministério Público podem tomar a iniciativa; concluída a diligência, encaminham-na ao magistrado; se não contiver vício e seja pertinente, é anexada aos autos. Caso contrário, destruída, implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa linha o moderno Código de Processo Penal da Itália (art. 267, 2). Esse critério, embora amplie a faixa de legalidade da interceptação telefônica, tem a vantagem de colher fato que, por sua natureza, como é a ligação pelo telefone, é passageiro. O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer momento, mesmo fora do expediente do Judiciário. Se não for tomada medida imediata, poderá perder a importância. Não creio que a autorização verbal (art. 4º, § 1º) possa cobrir todas as hipóteses.

A Lei nº 9.296/96, indiscutivelmente, é de interpretação restrita. A interpretação não poderá ser consentida a não ser nos casos mencionados. Apesar disso, seria conveniente se houvesse disposto expressamente a respeito de dois aspectos: um relativo à coleta da prova; outro, à utilização da prova.

Fixem-se os limites da lei.

Em primeiro lugar, atente-se para a Constituição da República. A interceptação é restrita “para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal”.

Em consequência, não pode ser utilizada para fazer prova em investigação, ou processo de outra espécie, como acontece com o processo civil, o processo trabalhista, o processo administrativo, ou o processo eleitoral.

E mais. Não basta a investigação criminal, ou a instrução processual penal.

A Lei nº 9.296/96 só autoriza a interceptação telefônica se o fato investigado não constituir infração penal punida, no máximo com pena de detenção (art. 2º, III). Vale dizer, o fato há de ser definido como crime, cuja cominação seja pena de reclusão.

Não é, portanto, qualquer infração penal. Estão excluídos: crimes punidos com detenção e as contravenções penais.

Dessa forma, embora o adultério seja crime, o cônjuge ofendido não pode promover a interceptação telefônica do outro, dado a pena cominada a esse delito ser de detenção, de 15 dias a 6 meses (C.P. art. 240).

A mesma conclusão, insista-se, se no processo, a causa de pedir narrar fatos que não sejam definidos como crime e a pena fixada em lei seja de detenção.

Evidente, a interceptação não pode colher a conversa do indiciado, ou do réu, com seu advogado. Vou além. De qualquer pessoa que procure o profissional a fim de aconselhar-se porque praticara infração penal. Será contraditório o Estado obrigar o advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na conversa e dela valer-se para punir o cliente!

De outro lado, a prova colhida, conforme procedimento descrito na lei, só pode ser utilizada na hipótese mencionada no requerimento de autorização judicial. Ou seja, é imprestável para outro inquérito, ou outro processo.

Aqui, têm lugar considerações a respeito das consequências da interceptação telefônica.

Evidente, e a observação já foi registrada, a prova é de aplicação restrita, ou seja, exclusivamente para evidenciar o fato-objeto da investigação e a qualificação dos investigados.

Nada além dessa extensão poderá ser utilizado. A regra é severa, inflexível. A propósito, tornou-se famosa a teoria conhecida como – “fruits of the poisonous tree” – ou seja, separa, como nitidez, o objeto da investigação, e os fatos (até desconhecidos) que passam a ser conhecidos durante a interceptação. Entenda-se: fatos alheios ao objeto da interceptação.

A Lei nº 9.296/96 foi categórica, no art. 9º: “A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

Assim, fatos resultantes da diligência, não contidos no objeto da própria diligência, ainda que caracterizadores de infração penal não podem ser considerados. Não entram no mundo jurídico, senão para serem destruídos. Ninguém, nem mesmo o Estado poderá utilizá-los para eventual inquérito, ou processo.

Desse modo, se a interceptação revelar que, em determinado lugar, alguém está recolhido, vítima de seqüestro, se não foi esse o objeto da interceptação, evidente, a prova não poderá ser considerada, nem mesmo para dar início a procedimento que tenha por objeto o fato descoberto. Tais provas, são denominadas ilícitas por derivação.

*Verificação de legalidade* – No caso em comento o segredo é a “alma do negócio”. Com efeito, não faz sentido, comunicar-se à pessoa, cuja conduta esteja sendo, ou será investigada. Dispensa comentário.

Apesar do procedimento correr “em segredo de Justiça”, o interessado, diretamente, ou por comunicação de terceiro poderá ficar sabendo, antes de concluída a diligência.

### Quid juris?

A Lei nº 9.296/96 não fornece nenhuma via recursal. A razão é óbvia. Não obstante, o texto integra o sistema processual, aliás, para maior precisão, com todo o Direito.

O segredo de Justiça assim o é enquanto segredo. Transpirado, normalmente, perderá interesse. Surge, então, o direito de o interessado conhecer as razões de decidir. Negado o acesso, inexistindo recurso, o interessado poderá invocar a Carta Política, especificamente, o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como não se trata de direito líquido e certo, o Mandado de Segurança se faz idôneo.

Dir-se-á, em homenagem ao segredo, a decisão do Juiz não pode ser comunicada. Como regra geral, o argumento procede. Todavia, não vinga em relação ao interessado. O interesse de agir concretiza-se num particular. O despacho, como se viu, quando tratados os requisitos da autorização, é vinculado à imprescindibilidade da prova. Urge conhecer a fundamentação para exame da legalidade.

O mandado de segurança não se confunde com o *habeas corpus*. Repousam em pressupostos distintos. A Constituição da República distingue os dois institutos com precisão (Const. art. 5º, LXVIII e LXIX).

A 6ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, decidiu no RHC 3.300 – RJ:

“RHC – Constitucional – Processual Penal – Habeas Corpus – Mandado de Segurança – O *Habeas Corpus*, ação constitucional, afronta ilegalidade ou abuso de poder (atual, ou iminente) que repercuta na liberdade de locomoção. O Mandado de Segurança protege direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, também, como pressuposto, a ilegalidade ou abuso de poder. No primeiro, a ilicitude reflete-se diretamente no direito protegido. No segundo, indiretamente. Pureza técnica recomendaria *habeas corpus*, por exemplo, para atacar prisão ilegal (a locomoção é afetada diretamente). Mandado de Segurança, porém, para reclamar cerceamento ao exercício do direito de defesa plena, o que, eventualmente, possa repercutir (por consequência) no direito de locomoção. A jurisprudência, entretanto, para facilitar o acesso ao Judiciário, não tem reclamado a distinção”.

A jurisprudência, entretanto, em homenagem ao direito de liberdade, tem se revelado tolerante na distinção. Ainda que não esteja em jogo (nem sequer iminência) o direito de locomoção, tem admitido o *Habeas Corpus*. Ilustrativamente, para argüir nulidade do processo.

Todavia, a senda adequada é: o Mandado de Segurança.

A verificação da legalidade, normalmente dá-se quando os autos são apensos aos do inquérito policial, ou do processo criminal, a teor do disposto no art. 8º da lei.

Com a referida anexação, o indiciado, ou o réu terá acesso às provas, bem como ao despacho deferitório do Juiz.

Separem-se as duas situações.

Em se tratando de inquérito policial, não havendo, portanto, contraditório, inexistindo, até então, defesa, ao

interessado é lícito valer-se da ação constitucionalizada a fim de combater a sua legalidade. Poderá atacar não só o deferimento como o procedimento da coleta da prova. Argüirá, a teor do disposto no art. 2º, a inexistência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (inciso I); possibilidade de a prova ser feita por outros meios disponíveis (inciso III); o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção (inciso III). Esses elementos são relativos aos requisitos de admissibilidade. A falta de um deles reclama o indeferimento da realização da prova.

Além disso, também pode ser objeto de verificação de legalidade – o despacho favorável do juiz. O artigo 5º é categórico: “A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

A referência cronológica não deve ser tomada ao pé da letra. A lei fixou o prazo *ad cautelam*; perigoso e inconveniente seria deixá-lo aberto, ou a critério do juiz. A intimidade poderia ficar a descoberto com realização de provas por prazo indeterminado.

Urge entender e tornar, como referência, o critério da razoabilidade. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, adota-o no tocante ao cálculo dos prazos processuais:

“RHC – Direito Processual Penal – Processo – Excesso de Prazo – O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a di-

ficuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal". (RHC nº 1.453 – RJ).

Assim, extrapolar o limite legal, considerando a complexidade de coleta da prova, por si só, não deve ser definitivo. Urge apelar para a razoabilidade da extração. Só assim, conciliar-se-ão a intimidade e o registro do meio probatório. Não faz sentido, se apenas no 16º dia, foi possível recolher a prova com os pormenores necessários, só por isso inutilizar a diligência.

**DIREITO INTERTEMPORAL** – Até a edição da Lei nº 9.246/96 vinha-se tolerando a interceptação telefônica com a autorização do juiz. O controle judicial era tido como o guardião do direito à intimidade.

Com a vigência do novo diploma de lei, coloca-se problema típico de direito intertemporal.

Na realidade, dois problemas. Um de direito processual. Convém dizer, as coletas anteriores são válidas? Outro de direito material, dado o art. 10 haver definido como crime "realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização Judicial ou com objetivos não autorizados em lei".

A nova lei definiu a ordem jurídica, por imperativo da Constituição. Até então, havia vácuo normativo, proclamando, aliás, pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta outra resposta senão repudiar as coletas antes efetuadas.

Bem acentuou o magistrado e jurista Luiz Flávio Gomes, *in* "Enfoque Jurídico, TRF, 1ª Região, Ed. 01, agosto-96, pág. 3:

"De modo algum, no entanto, a lei nova convalida interceptações autorizadas antes da lei. Ainda que a interceptação tenha sido realizada depois da lei. Se autorizada antes, não vale. Tudo por causa do princípio do *tempus regit actum*. O ato deve ser regido pela lei do seu tempo... consoante o correto entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal (v. HC nº 69.912-RS)".

No âmbito do Direito Penal, evidente, em homenagem ao princípio da reserva legal, somente as condutas posteriores à lei poderão ser punidas.

A prova anexada aos autos do processo criminal passa a ser tratada como qualquer outra. Integra o conjunto.

# ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL

Marco Maciel

Vice-Presidente da República Federativa do Brasil

Um dos objetivos do processo de modernização, importante em termos de mudança social, mas pouco percebido pela própria sociedade, é a diminuição da tutela do Estado e o conseqüente aumento dos poderes da cidadania. As transformações, embora pouco notadas, são essenciais pois tratam de criar mecanismos de proteção e garantias individuais que se conformam, não apenas sob o ponto de vista jurídico, mas também sob os aspectos econômicos e sociais, com o pleno exercício dos direitos humanos. Exemplos significativos encontram-se no Código de Defesa do Consumidor, nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e no Estatuto da Criança e do Adolescente, os dois primeiros provenientes diretamente das prescrições da Constituição e o último de forma indireta, à medida que a assinatura pelo Brasil da respectiva Convenção Internacional precedeu à elaboração constitucional, sendo, no entanto, inserido em nossa Carta Magna.

Essas medidas, progressivamente, vão materializando demandas e aspirações coletivas, que o Estado deve atender e sustentar, até mesmo para que possa desempe-

nar, com maior eficiência, suas tarefas inerentes de promover a educação, ampliar a proteção social, garantir a segurança e assegurar o funcionamento da justiça. Os mecanismos institucionais decorrentes de todas essas inovações têm por finalidade normatizar as práticas usuais da política valorizando a conciliação, a busca do consenso e a solução pacífica dos conflitos, garantidores de uma lado da coesão social e da legitimidade, e de outro, da própria governabilidade. Com a evolução natural da experiência que vai sendo, metodicamente, acumulada, criam-se novos e inéditos canais de articulação entre as instituições sociais, os poderes do Estado e as instituições públicas, cada vez mais mobilizadas pelo imperativo da eficácia. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o decreto do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que permite ações públicas coletivas nos casos de infração ao Código de Defesa do Consumidor.

Inclui-se nessa linha de ação, o instituto jurídico de Arbitragem – Lei nº 9.307, de 3 de setembro de 1996, que se origina de projeto por mim apresentado ao Senado Federal, em 1992

A proposição, transformada em si, embora formalmente de minha autoria, é fruto de um longo e proveitoso debate liderado pelo Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação do Dr. Petrônio Raimundo Gonçalves Muniz, tendo recebido valiosos subsídios do Seminário Nacional sobre o assunto, realizado em Curitiba, em 1992. Nesse encontro, é indispensável destacar a atuação da Comissão de Relatoria, integrada pela Dra. Selma Maria Ferreira Lemes e seus colegas Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins.

A Arbitragem, mesmo não sendo instituto novo em nosso direito positivo legislado, pois já era previsto no Código Civil, em vigor desde 1917, permaneceu como letra morta nas práticas jurídicas brasileiras. O fato ocor-

reu não por falta de tradição do instituto, mas porque a disciplina da matéria subordinava a arbitragem à homologação judicial, fazendo com que as soluções pactuadas, no âmbito privado, voltassem obrigatoriamente à esfera pública, repetindo-se, assim, o círculo das prestações jurisdicionais típicas do Poder Judiciário. Carecia-se, portanto, de provisão legal consubstanciada na Lei nº 9.307, que desse ao instituto, tão amplamente utilizado em outros países, eficácia jurídica integral.

Como assinala a Dra. Selma Maria Ferreira Lemos o objetivo da arbitragem “é viabilizar uma alternativa à justiça oficial que resolva os litígios rapidamente e a um custo mais baixo”. Nesse sentido, o tema diz respeito a questões de inegável atualidade, ou seja, à modernização do estado brasileiro, af incluindo-se o aprimoramento do Poder Judiciário.

Considere-se que esse não é um desafio a ser vencido só pelo Governo Federal, mas, também, pelos Governos Estaduais. Nas condições financeiras da União, e de virtualmente todos os Estados, ainda que supríssemos todas as vagas existentes, ampliássemos o número de Tribunais e Comarcas e dotássemos a todos do aparelho administrativo e judicial complementar, como Promotores, Procuradores, Escrivães, Defensores Públicos, Oficiais de Justiça e funcionários administrativos, dificilmente teríamos onde buscar os recursos necessários para atingir a relação entre habitantes e Juízes. Mantida a dimensão atual de todos esses problemas, os Juízes continuarão sobrecarregados, o andamento dos feitos será lento e a Justiça continuará cara e morosa.

Esta não é uma opinião pessoal. Apenas partilho o julgamento do Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente do Supremo Tribunal Federal que, em entrevistas à Folha de S. Paulo, 14 de maio de 1996 e, mais, recentemente, ao Estado de S. Paulo, sintetizou o desafio afirmando: a

“única saída é mudar o Judiciário... Não há Juízes, não há dinheiro, mas é preciso pensar objetivamente a realidade”. Esta, no entanto, não é a única opinião abalizada do ministro Pertence de que partilho. Comparto também das soluções que ele aponta e que dizem respeito, em última análise, ao segundo aspecto da atualidade do problema a que me referi há pouco, ou seja, à modernização do Estado. Nessa mesma entrevista, o Presidente do STF diz, com muita propriedade:

“O processo jurídico tradicional é lento, quase que inevitavelmente lento. E caro. Então, precisamos subtrair dessa máquina tradicional do Judiciário, essas peculiaridades. Temos, por exemplo, as experiências dos juizados de pequenas causas, que são excelentes. A Constituição, na mesma linha, acena com outra figura de maior aprofundamento. São os Juizados especiais, que envolvem jurisdição criminal – a Constituição chama de crimes com pequeno potencial ofensivo – e causas cíveis. Acontece que o Congresso até agora não conseguiu votar isso, embora existam ótimos projetos. Eu acho isso da maior urgência”.

O instituto da arbitragem tem exatamente essa virtude, ou seja, de ser mecanismo alternativo, coadjuvante da justiça oficial. Milhares de causas poderiam ser resolvidas anualmente por esse processo. A arbitragem significa, por consequência, um avanço considerável nos caminhos de emancipação da sociedade.

Há outra circunstância, no entanto, que não deve ser esquecida. Todos nós sabemos das dificuldades que existem na busca de soluções judiciais do Estado, nos casos do comércio internacional, que envolvem empresas, firmas, fornecedores e consumidores de diversos países. A tendência do Direito em cada Estado é fazer prevalecer a lei, a jurisprudência e a doutrina em favor dos seus nacionais, o que amplia necessariamente o âmbito desses con-

flitos. O Tribunal Arbitral é a solução ao mesmo tempo mais eficiente, mais justa e mais barata nesses casos. O Brasil está intensificando o seu comércio exterior, e ampliando as suas relações econômicas e financeiras, com a abertura econômica que data já de alguns anos. Mais do que isso, estamos participando, ativa e fecundamente, de um novo bloco econômico que busca integrar um mercado econômico com países do Cone Sul e, futuramente, com todo o Continente americano. Essas questões multilaterais ou bilaterais, tendem necessariamente a se expandir, a se intensificar e a se generalizar. Não vejo outra saída para o dinamismo do comércio e das relações financeiras internacionais, que o processo arbitral, em que o Direito nacional das partes envolvidas pode, sem constrangimentos, ser levado em conta, ser considerado. Esta, aliás, é a solução recomendada pelo Protocolo de Brasília de 17 de dezembro de 1991, para a Solução das Controvérsias no âmbito do Mercosul. Uma das vantagens que o Mercosul leva sobre a Comunidade Européia, é exatamente esta, a de não pagarmos os ônus do pioneirismo. Como não havia precedentes, a tendência na integração européia foi exatamente a de buscar as soluções tradicionais. Por isso as instituições comunitárias da Europa são complexas, caras e baseadas sempre no amplo guarda-chuva do Estado, de que o Tribunal Europeu da CE é um exemplo. No Mercosul, ao contrário, estamos buscando soluções mais ágeis, inclusive, através da utilização, mesmo calcada na iniciativa do Estado, como já se observou, do instituto da arbitragem.

Ainda uma última observação, quanto ao caráter amplo, difuso e abrangente permitido pelo arbitramento e pela mediação, como instrumentos de soluções não só de controvérsias jurídicas, mas também de toda a natureza. O "arbitramento" como então se chamou no passado, foi um instrumento largamente utilizado por diferentes paí-

ses nas controvérsias internacionais entre os Estados, envolvendo, sobretudo, questões históricas de posse e de domínio dos territórios contestados. Todos devem estar lembrados do laudo arbitral da Sua Santidade o Papa João Paulo II, no caso do canal de Beagle, entre a Argentina e o Chile, que evitou um conflito armado entre as duas nações, há alguns anos. O Brasil mesmo, é bom lembrar, resolveu questões graves de suas fronteiras, com o recurso da arbitragem internacional. Na questão de Palmas, com a República Argentina, ambos concordaram em submeter suas demandas ao laudo arbitral do Presidente dos Estados Unidos que, por sinal, deu ganho de causa aos direitos reclamados pelo Brasil. Segundo caso relevante foi o das pretensões francesas na Amazônia, suscitadas na demarcação de limites da Guiana com o nosso País, igualmente submetido a um árbitro internacional, o Presidente da Confederação Suíça, em que mais uma vez tivemos sancionados nossos direitos e, por fim, as questões de limites com a Guiana Inglesa, em que a Inglaterra também manifestava pretensões sobre a Amazônia, resolvidas pelo Tratado de Arbitramento, de 6 de novembro de 1901.

# UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.

**Maria Betânia Silva**

Professora de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

## SUMÁRIO

1- Uma notícia de jornal: um dado para reflexão. 1.1- Sobre a função Legislativa: breves registros do presente e do passado. 1.1.2- Funções Legislativas: escolha de interesses e conseqüentes interações. 2- Criação Legislativa-Constitucional x Função Legislativa. 2.1- O sistema de controle de constitucionalidade e a função Legislativa com realização de intenções. 3- O projeto de lei: escolha de interesses, realização de intenções e sistema abstrato de controle de constitucionalidade de leis.

### 1. Uma notícia de jornal: um dado para a reflexão

No dia 09 de abril de 1997, a Folha de São Paulo publicou, na íntegra, *projeto de lei* de iniciativa do governo que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, anunciando, em manchete, a criação do “efeito vinculante na Justiça”.

À parte a imprecisão redacional da aludida manchete, o referido projeto, no seu art.28, parágrafo único traz

a previsão de efeito vinculante das *decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no papel de Corte Constitucional*.

O dispositivo não gera dúvidas, estando assim redigido: “A *declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução do texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal*”.

Independentemente de ser a discussão sobre o efeito vinculante um assunto da maior atualidade, constituindo um dos pontos em pauta para a reforma do Judiciário, não é apenas a previsão desse efeito pelo dispositivo citado, mas o projeto em si que instiga a reflexão, exigindo um sério debate de natureza política, ao mesmo tempo em que permite uma análise sobre as suas repercussões para a vida constitucional do país.

Nesse sentido, antes de aprofundar essa análise, delimitando-a e situando-a numa visão prospectiva da vida jurídico-constitucional-brasileira, cabe aqui, primeiramente, indicar os fundamentos para o fato de ser um *projeto de lei* e não *uma lei* o objeto de abordagem deste artigo, terminando por discutir também o sentido da função legislativa de um modo geral. Este, aliás, um aspecto extremamente complexo e necessário diante da importância da matéria abrangida pelo mencionado projeto..

### 1.1- Sobre a função Legislativa : breves registros do presente e do passado

No desdobramento da análise acima proposta, a primeira consideração que se impõe é óbvia, já que não se trata de um projeto de lei qualquer, versando apenas sobre

normas processuais relativas à matéria ordinária de nível inferior ao texto constitucional, mas de normas processuais que objetivam uma alteração do processo de controle abstrato de constitucionalidade de leis cujo desenvolvimento é extraído e determinado a partir do exercício das competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, trata-se de um projeto que atinge o próprio texto constitucional, pelo que caberia ser processado sob a forma de emenda à Constituição e não à luz do procedimento previsto para a elaboração de leis ordinárias.

A segunda consideração é mais laboriosa porque supõe a hipótese de processamento de uma mudança no controle abstrato de constitucionalidade adotado no Brasil através desse projeto de lei, sendo a partir dela que serão suscitadas algumas questões sobre o significado da atuação legislativa de um modo geral.

Desde logo, cabe advertir sobre a vulgarização da errônea e distorcida interpretação acerca da doutrina de Montesquieu, a qual consistiu na necessidade de separar as três funções básicas do exercício do Poder político, como forma de se opor ao absolutismo monárquico em vigor na França de sua época. Sabiamente, Montesquieu alertara para o fato de que a concentração de poderes nas mãos de apenas uma pessoa conduziria a uma inexorável situação de instabilidade política. E essa hipótese foi historicamente comprovada pela Revolução Francesa quase cinquenta anos após o aparecimento do seu livro sugestivamente intitulado: "O Espírito das Leis".

Embora, desde os gregos, em particular na obra de Aristóteles, já se possa enxergar a importância em reconhecer ao poder de um Estado o exercício de três funções básicas e, além disso, encontrar-se, com muita propriedade, no pensamento de John Locke, no século XVII, da defesa da fragmentação do poder político, tripartindo-o

nas funções executiva, legislativa e judiciária, essa idéia, talvez por ter sido validada pela Revolução Francesa, somente se estabeleceu como um dogma em virtude da obra de Montesquieu, ficando impropriamente conhecida como a teoria da Separação de Poderes. Em decorrência dessa expressão, de uso corrente, também é provável que se tenha difundido a opinião de que há entre essas clássicas funções do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), uma independência que não permite relativizações.

Contudo, leituras mais cuidadosas da doutrina de Montesquieu, corrigiram essa distorcida interpretação, firmando a idéia de uma permanente interdependência entre essas funções. Sobretudo, quando a atenção esteve voltada para o contexto político-americano, onde os ensinamentos do mestre francês aperfeiçoaram-se, implantando-se um sistema de convivência entre essas funções, ao que os americanos denominaram de *check and balances*. Ou seja, um mecanismo através do qual cada uma das funções do Poder de Estado exercita-se nos limites de suas competências, sujeitando-se a um controle recíproco em caso de inobservância a esses limites.

### 1.1.2- Funções Legislativas : escolha de interesses e conseqüentes interações

Analisadas superficialmente e de um ponto de vista teoricamente distanciado de uma abordagem sistêmica da sociedade, as funções acima mencionadas não são percebidas num processo interativo. Na prática, embora elas engendrem um contínuo movimento de interpenetração, as análises sobre a sua atuação, não raro, tendem a ser generalizantes, sem problematizá-las.

Via de regra, as problematizações ocorrem em virtude de uma situação concreta, explicitando certos equívocos de percepção quanto ao papel social daqueles que são identificados como representantes dessas fun-

ções. É comum, a propósito, que, subjacente a algumas análises críticas sobre o exercício dessas funções, concretamente, deixe-se passar a idéia segundo a qual o legislador é percebido como um demiurgo e o juiz como um aplicador autômato de leis.

Com isso, firma-se o preconceito que induz à reprovação sistemática do exercício de uma atividade legislativa pelo executivo, ou de uma atividade judiciária pelo legislativo, ignorando-se a lógica em virtude da qual essa inversão de papéis opera-se, mesmo que de forma provisória e excepcional. Sobretudo, desconsidera-se o contexto no qual essa inversão realiza-se e, os fatores que devem ser realçados para delimitá-la.

Além disso, é fato, entre a realidade social e as normas positivas estabelece-se uma relação que tem por pressuposto tanto o exercício da função legislativa quanto o da função judiciária, por exemplo. Ambas atuam em vista do que transcorre nessa realidade e cada uma seleciona os fatores indicativos de uma renovada normatização, para exercê-la de modo próprio.

Nesse sentido, improcede o ponto de vista baseado no critério de autenticidade do legislador que consiste em afirmar uma quase exclusividade da função legislativa como criadora de normas. Ou seja, como se ao legislador, sozinho, coubesse a capacidade de optar por aquilo que precisa ser normado na vida social, criando, acima de tudo, as normas que se prestariam a guiar a função judiciária, preordenando o significado dela.

Pensar assim, é admitir, por inadvertência, que a função legislativa em sendo a primeira, seria, por isso mesmo, suprema.

Isolando ou não o exercício da função legislativa para interpretá-la como a autêntica criadora de normas, isso não lhe pode dar qualquer supremacia. Primeiro porque ela é uma função inesgotável, desenvolvendo-se num

fluxo contínuo em virtude da mudança da realidade ; segundo porque essa mudança não deve ser invocada como exercício de autonomia dessa função, mas reconhecimento de limites. Inexistindo mudanças substanciais da realidade, a função legislativa permanece em estado de latência, já que ela é determinada por essa realidade e não o contrário.

Sob o mesmo ritmo desenvolve-se a função judiciária. Mesmo que inicialmente se sujeite a uma orientação do que foi estabelecido pela função legislativa, a inevitável relação entre a realidade e as normas positivas é o que autoriza a função judiciária a também criar normas ou apenas recriá-las, invalidando, de vez, a idéia que a sua falta de autenticidade para legislar justifica-lhe uma certa sujeição à função legislativa.

Se se apelar para a relevância da função judiciária como uma das esferas de promoção do equilíbrio da vida social, tendo por tarefa, em última análise, a resolução de conflitos e não apenas a mera aplicação de leis – que é caracterizadora de uma visão dogmática do Judiciário – estar-se-á contribuindo para um ajuste dessa função às necessidades da vida social e esse argumento, conjugado com a análise sobre a função legislativa, pode acarretar tanto a redução, quanto a ampliação e, em certa medida, até o fortalecimento da função judiciária, sem que ela jamais seja negada em sua importância ou posta numa posição hierarquicamente inferior.

Mesmo trazendo para o âmbito dessa reflexão a afirmativa do Prof. Lourival Vilanova no sentido de que “o processo de desenvolvimento global, não só econômico, mas integral, abrangente de todas as faces da cultura e da sociedade (...) não se faz sem vias normativas, entre es-

1 Conforme citado por Marcelo Neves no artigo *O Direito Positivo Enquanto Sistema Social* publicado na Revista da Faculdade de Direito de Carauru, Ano XIII, nº1, 1985Pág.345.

tas, as vias normativas do direito"<sup>1</sup>, na qual fica implícita a idéia do direito como norma, conclui-se que se a função judiciária estiver encarregada apenas de lidar com a aplicação e não com a feitura do direito pode sofrer o influxo de intermitentes alterações, se interferirem em sua atuação as outras vias normativas.

Se a via normativa do direito é uma, dentre outras, ela deve se prestar tanto ao legislador quanto ao juiz, embora, este, preferencialmente opte pela via normativa do direito, enquanto aquele por critérios políticos ou econômicos.

Promover o cruzamento entre as vias normativas é tarefa que cabe tanto à função legislativa quanto à função judiciária, devendo-se fazer toda sorte de questionamentos sobre a qualidade das normas postas e o sentido que elas vão adquirindo na sociedade na qual elas incidem, sem escantear a influência que elas exercem na modelagem da função judiciária que se encarrega de aplicá-las ou recriá-las.

Assim, o tipo de abordagem sistêmica da sociedade, parece ser o único aconselhável para uma reflexão sobre o significado das funções do Estado porque permite evidenciar a função legislativa como imprescindível à organização da vida jurídica, regulação e ao disciplinamento das condutas na vida em sociedade, ao mesmo tempo em que se presta a compreender o vasto papel da função judiciária.

## 2. Criação Legislativa-Constitucional x Função Legislativa

Quando se pensa, por exemplo, no momento inicial de criação das normas, a idéia sistêmica de sociedade não pode ser, de modo algum afastada, adquirindo um vigor tão extraordinário que sem ela, qualquer outra análise sobre as funções de poder do Estado torna-se imperfeita.

Faz-se referência, nesse caso, à criação da própria Constituição, fixando as bases sob as quais o ordenamento jurídico vai ser erigido, constituindo e determinando o âmbito de existência e atuação do que aqui se denomina de *função judiciária em sentido amplo* (ou seja, a própria organização judiciária de um país e as respectivas competências dos seus órgãos). Também, pode até se referir às formas através das quais eles atuam. Esse último aspecto, sendo entendido como a *atividade judiciária* (ou função jurisdicional em sentido restrito), cujo exercício depende da aplicação do que foi previamente estabelecido pela função legislativa como normas de conteúdo substantivo e normas de conteúdo adjetivo.

Contrariamente ao que até agora se expôs, se a comparação entre as funções legislativa e judiciária for efetuada no que concerne à elaboração de normas constitucionais originárias, vê-se muito seriamente comprometida a nitidez dos traços que as distinguem, e que consistem em reconhecer inadvertidamente à primeira função a eminente tarefa de elaborar as leis e à segunda, a tarefa, de igual forma eminente, de aplicar as leis.

Em primeiro lugar, tecnicamente a feitura dessas normas não decorre do exercício de uma função legislativa, mas de algo mais amplo, de um poder latente, com uma função prévia, mas não estritamente delimitada. Invoca-se aqui a noção de Poder Constituinte e a teoria que explica o seu exercício, titularidade e fins.

Em segundo lugar, a partir da fixação das normas constitucionais originárias, dá-se ênfase, nesse caso, ao poder da função judiciária de recriar as leis mediante um processo interpretativo e, mais soberanamente, ainda, ao poder de recusar a sua aplicação, nos casos de contrariedade ao texto constitucional.

Sob o âmbito de existência e aplicação dessas normas constitucionais originárias enfatiza-se ainda mais o

caráter de interdependência entre as funções legislativa e judiciária, impedindo que se fale, mesmo que de modo aparente, de uma supremacia da primeira sobre a segunda. Trata-se, antes de tudo, de perceber a hibridez com que elas se manifestam.

Considerando que as aludidas normas assentam as bases do ordenamento jurídico, seu aparecimento como fruto do Poder Constituinte – que não corresponde em sua composição, procedimento e finalidades ao Poder Legislativo – implica uma confluência dos mais diversos interesses.

É a partir disso, aliás, que se funda a idéia de Constituição. Não apenas enquanto norma fundamental da sociedade, porque nesse sentido não se esgota o seu significado, mas como o “modo de existir de um povo”, conforme os ensinamentos deixados por Aristóteles.

Dotada de uma plurivocidade, a Constituição pode ser definida simultaneamente como a representação de uma vontade política, tal como a entendia Schmitt, como expressão da soma dos fatores reais de poder, como queria Lassale, e como norma que consubstancia aqueles fatores relevantes para existência jurídica da sociedade e a projetam para o futuro, tudo isso por ser a norma constitucional, enfim, um caso particular de norma jurídica que “representa um tipo de expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada”<sup>2</sup>.

Esgotado o momento constituinte da sociedade, esta contará com um sistema de controle de constitucionalidade de leis que permita sustentar e efetivar a Constituição em função de todos os seus significados, pois, a “vigência das normas constitucionais não decorre simplesmente do procedimento constituinte e da reforma constitucional como processos de filtragem especificamente orientados

2 Neves, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. Editora Acadêmica, São Paulo. Pág.63.

para tal fim, mas também da concretização constitucional como pluralidade de processos de filtragem”<sup>3</sup>.

A Constituição, conforme citado por Marcelo Neves, na linha de pensamento de Luhmann é uma “forma pela qual o sistema jurídico reage à própria autonomia”<sup>4</sup> porque ela traduz os dois mundos nos quais a sociedade oscila : o mundo do *ser* e o do “*dever ser*”. Por isso, afirma-se, numa visão atual e atualizadora da Constituição, que suas normas vão adquirindo significado conforme o uso que lhes for sendo dado.

## 2.1- O Sistema de Controle de Constitucionalidade e a Função Legislativa com realização de intenções.

Esse sistema de controle, enfim, malgrado a variação quanto ao momento em que deva ser exercido e às diferenças de funcionamento, impõe-se em virtude do consenso quanto à importância da Constituição e reconhecimento quanto ao seu múltiplo significado, contribuindo, em certa medida, para dar o tom da vida política de um país. Assim, pode-se supor que quanto mais requisitada seja a atuação desse sistema tanto mais evidente será a ampliação do debate político em relação às práticas e opções legislativas, bem assim dos seus resultados.

Isso não significa, porém, que o debate político sobre essas práticas limite-se a uma eventual contraposição dos atos legislativos ao texto constitucional porque, em tal hipótese, ele (o debate) somente se realizaria formalmente, de acordo com o sistema de controle constitucional previsto no ordenamento jurídico. O debate político sobre os atos legislativos, na verdade, pode validamente se desenvolver seja nos moldes previstos pelo sistema de controle de constitucionalidade de leis, quanto independentemente dele.

3 Idem. pág. 64.

4 Ibidem. Pág.65

Ademais, nada permite pensar que o questionamento de um projeto de lei, que engendra um debate político e não apenas jurídico, deve necessariamente trazer à discussão aspectos sobre constitucionalidade para ser qualificado como necessário, porque uma lei pode se mostrar nociva à vida social sem estar propriamente afrontando o texto constitucional, o que explica a necessidade de um exaustivo debate sobre o projeto de lei não apenas pelos poderes constituídos mas por todos quantos se interessem pela matéria a ser legislada e venham a ser direta ou indiretamente alcançados pelos efeitos da lei em gestação.

Nesse sentido, deve-se salientar que embora o projeto de lei seja apenas uma intenção normativa cuja análise preferencial e regularmente, como ocorre no Brasil e alhures efetua-se no âmbito do Poder Legislativo por caber a esse Poder, segundo a tradição política, a expressão da vontade popular, a reflexão e a crítica política pela sociedade tem-se, ao longo do tempo, alargado, estendendo-se para fora da sede parlamentar, como forma de fortalecer a democracia. Caso contrário, aliás, é bom lembrar, de nada adiantaria a previsão no sistema brasileiro de mecanismos de consulta popular como o plebiscito e o referendo, embora se saiba que a utilização frequente deles depende da formação histórico-social do país, dando a medida da seriedade política com que se praticam os atos legislativos.

Em suma, o grau de envolvimento da sociedade nos debates de projetos de lei depende, numa visão mais abrangente, dos fatores históricos, sociais e culturais que modelam o comportamento político de um povo. E, num ângulo de visão mais estreito, se acentuará em virtude dos mecanismos institucionais de regulação e de controle da conduta legislativa, incluindo-se, nesse aspecto, o sistema de controle de constitucionalidade de leis.

O que aqui se sustenta, em outros termos, é que o sistema de controle de constitucionalidade de leis adotado em uma sociedade, ao mesmo tempo em que retrata o seu perfil político, pode traçar-lhe um outro perfil e, nessa hipótese, ser um pressuposto para o freqüente deslocamento dos debates políticos da sede parlamentar para outros espaços.

Nesse sentido é pertinente observar que a percepção do perfil político da sociedade pode variar conforme o momento em que o sistema de controle de constitucionalidade de leis é acionado.

Assim, tratando-se de um sistema de controle de constitucionalidade político, por exemplo, como na França, no qual, via de regra, faz-se um controle prévio da função legislativa<sup>5</sup>, através de um órgão específico – o Conselho Constitucional – exige-se que a sociedade esteja mais atenta às intenções normativas, manifestando-se aberta e incisivamente, sempre que necessário, para calibrá-las. Não obstante, em tese, essa calibragem já se tenha efetuado por ocasião do sufrágio. Supõe-se, nesse caso, um movimento de pressão popular capaz de impulsionar a atuação do Conselho Constitucional.

Contrariamente, quando o sistema é do tipo jurisdicional, no qual o controle de constitucionalidade se faz *a posteriori*, como no Brasil, “delega-se” ao Judiciário a tarefa de promover essa calibragem. Nessa hipótese, o cumprimento dessa tarefa pode se dar tanto difusa quanto concentradamente mas sempre no âmbito do Poder Judiciário. Em ambos, no entanto, tem-se por objetivo, no plano social, a inaplicabilidade da lei que se entende contrária ao texto constitucional.

No primeiro caso, cabe a todo e qualquer órgão do Judiciário, em qualquer instância, o pronunciamento so-

<sup>5</sup> Constituição Francesa arts.56 a 63.

bre a inaplicabilidade da lei como garantia da Constituição, mediante uma declaração incidental de inconstitucionalidade num caso concreto, a qual produz um efeito *inter partes*; no segundo caso, compete apenas ao órgão judicial ao qual se atribui o papel de Corte Constitucional, através de uma ação própria, pronunciar-se sobre a inaplicabilidade da lei, mediante a declaração de inconstitucionalidade que produz efeito *erga omnes*, equivalendo essa decisão à declaração de nulidade<sup>6</sup> da lei impugnada.

Assim definidos, tanto no sistema político quanto no jurisdicional haverá sempre o *risco* de se permitir uma atuação legislativa politicamente desvirtuada e nefasta, bastando que a intenção normativa presente no projeto de lei adquira a condição de comando legal válido face ao texto constitucional por desinteresse ou falta de debate amplo de toda a sociedade acerca do projeto que a originou.

Admitida a validade da lei pelo reconhecimento de uma compatibilidade entre ela e o texto constitucional, após a sua submissão ao controle de constitucionalidade, ela passa a imperar como dogma, deixando para trás a sensação de improcedência de uma crítica que poderia ter se desenvolvido e não se desenvolveu, porque esbarrou no reconhecimento da constitucionalidade.

Cabe, em uma última análise, ainda, ressaltar que o ligeiro esboço comparativo aqui traçado entre sistema constitucional brasileiro e o francês não tende a uma avaliação sobre a eficácia deles, mas sim à compreensão desses sistemas nessas sociedades como uma referência na observação do perfil político de cada uma delas e na repercussão que isso tem na adoção do dogma da Separação de poderes.

6 Ver a respeito Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 1996. Ver também Marcelo Neves. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. Editora Saraiva, 1988.

Apesar das diferenças entre esses sistemas e por mais paradoxal que pareça, há uma semelhança no perfil político dessas sociedades no que se refere à compreensão das funções de Estado. Em ambas prevalece uma visão do Poder Judiciário politicamente neutro, podendo-se admitir, em paralelo a isso, a crença num Legislativo absolutamente autônomo porque encarado como sujeito ativo de um processo político do qual a sociedade exclui-se por exaurimento de sua participação através do voto ou relaxamento na fiscalização do cumprimento dos compromissos que determinaram esse voto.

No tocante à visão sobre a neutralidade do Judiciário supõe-se, como explica Tércio Sampaio Ferraz, apoiado no pensamento de Luhmann, a “congruência entre funções instrumentais e funções expressivas do processo judicial”. As primeiras relativas à satisfação de necessidades concretas; as segundas, dependentes de normas preestabelecidas abstratamente e que abrigam a finalidade de alcançar a justiça... Como o juiz não legisla, mas cumpre a lei, a congruência exige a aceitação da mutabilidade do direito por força de processos legislativos autônomos<sup>7</sup>.

Isso leva a concluir que, desse modo, a sociedade deixa de se engajar regularmente na discussão sobre a necessidade de mudança da lei, salvo quando, levantada uma questão constitucional, seja acionado o seu sistema de controle de constitucionalidade de leis que pode ser deficiente ou mesmo falhar.

Pode-se corretamente supor que, em geral, para o exercício da crítica, a sociedade parece esperar o aparecimento do vício da inconstitucionalidade, o que, nos sistemas de controle político, por se tratar de controle pré-

7 Cf. Tércio Sampaio Ferraz no artigo *O Judiciário Frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* publicado na Revista de Direito Público, nº9/1995. Editora Malheiros. Pág. 42.

vio, dependendo do grau de vigilância e da fiscalização do corpo eleitoral como meio de pressão ao órgão encarregado de seu controle, a lei inconstitucional pode ser evitada, enquanto nos sistemas de controle jurisdicional, como no Brasil, ela ingressa no sistema jurídico com todos os vícios, até que o Judiciário venha a suspendê-la de forma provisória e espacialmente limitada ou, então, declare-a nula.

Em qualquer caso, como a intenção normativa contida no projeto pode ir além do que o seu texto estampa, perceber o que está subjacente ao texto, ou desnudar a intenção normativa do legislador hipoteticamente, vislumbrando as suas repercussões na realidade social, é o que justifica, qualquer que seja o sistema de controle de constitucionalidade, um debate sério sobre a apresentação e o curso de certos projetos de lei.

Eis, em linhas gerais, uma das razões porque o projeto de lei sobre o processo e julgamento sobre as ações de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade ocupa o centro da reflexão que este trabalho pretende desenvolver acerca do seu impacto na vida constitucional do país.

Além disso, pondere-se que se o controle de constitucionalidade de leis, independentemente do sistema adotado: político ou jurisdicional permite a interpretação de que a discussão sobre a constitucionalidade fomenta um debate político em relação aos atos legislativos em geral, muito maior deve ser a discussão sobre os atos legislativos que tenham por objetivo modificar esse sistema de controle de constitucionalidade, sobretudo quando ele somente se exercita *a posteriori* e, ainda mais, prevalece em relação ao Judiciário a idéia de neutralidade política.

Convém, entretanto advertir que não se pretende com isso efetuar propriamente uma avaliação da constitucionalidade do projeto referido, ou seja, da sua

compatibilidade para com o texto constitucional, até porque, como já se disse, parece que em função da matéria que ele aborda, deveria estar submetido às normas procedimentais previstas para o fim de emendar a Constituição, afastando-se do rito procedimental de lei ordinária, embora essa consideração por si só já engendre um sério comprometimento da regularidade e admissão do que o projeto propõe, dando margem até a outro tipo de análise.

O objetivo aqui vai noutra direção. Pretende refletir sobre os efeitos que o projeto pode produzir na vida constitucional do país, no caso de ser aprovado.

### 3. O Projeto de Lei: escolha de interesses, realização de intenções e sistema abstrato de controle de constitucionalidade de leis.

Retome-se, nessa oportunidade, a questão sobre o efeito vinculante atribuído às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no papel de Corte Constitucional previsto no projeto sob enfoque.

Em que pese a importância da controvérsia gerada em torno do efeito vinculante das decisões judiciais como um ponto da reforma do Poder Judiciário e a necessidade de que essa controvérsia continue, a previsão desse efeito não é algo de absolutamente novo no direito brasileiro, posto que já consta do texto constitucional em virtude da Emenda nº 3/93 que introduziu o § 2º ao art. 102 como uma característica da ação declaratória de constitucionalidade.

Na sua mais recuada origem, portanto, o efeito vinculante em relação ao momento presente foi até silencioso. Mas na verdade desde que ele se insinuou pela primeira vez esse silêncio foi e vem sendo rompido pela firme reprovação da ação declaratória de constitucionalidade por significativa parcela da doutrina, ampliando-se os ecos do

debate sobre o significado desse efeito para a vida jurídica brasileira na mesma proporção em que cresce a tentativa de estendê-lo a decisões judiciais de outra natureza.

A reprovação da ação declaratória aglutina as opiniões de respeitadas juristas brasileiras, podendo-se citar dentre alguns dos que se manifestaram : Geraldo Ataliba, José Souto Maior Borges, Marcelo Figueiredo, etc<sup>8</sup>. Com suas manifestações esses juristas apontaram os argumentos segundo os quais atribuíam-se à Emenda nº3/93, em relação às várias inovações que ele promoveu no texto constitucional, o vício de inconstitucionalidade.

Nessas manifestações, é bom que se ressalte, tornaram-se especialmente marcantes os argumentos que se referiam à ação declaratória de constitucionalidade como um expediente de restrição ao princípio da ampla defesa, o qual constituindo um dos direitos de natureza individual assegurado no art.5º da Carta Constitucional seria, por isso mesmo, impermeável a qualquer reforma. Por conseguinte, serviram também esses argumentos, enfim, para dar pertinência à denúncia sobre o solapamento do sistema de controle de constitucionalidade de leis pela via incidental, ou seja, pelo critério difuso.

Na prática, o ajuizamento de uma ação declaratória de constitucionalidade perante o STF por um dos entes legitimados no art.103, § 4º da Constituição Federal em número, aliás, bem mais reduzido do que o previsto para a propositura de Adin e a decisão de procedência dessa ação que por previsão constitucional tem efeito vinculante, é o suficiente para encerrar as discussões que, porventura, estejam processando-se em outras instâncias judiciais sobre a constitucionalidade de leis. Com isso, em outras palavras, evidentemente, estar-se-ia limitando as vias de

8 Ver artigo de Geraldo Ataliba intitulado *Emenda Constitucional nº3/93* publicado na Revista de Direito Público, Editora Malheiros, nº4, 1993, Pág.172. E ainda artigo do Prof. Marcelo Figueiredo no livro *A Ação Declaratória*, Editora Saraiva, 1995, Pág.155.

defesa de todos quantos, em situações concretas, estiverem sob a incidência de uma lei supostamente inconstitucional, impedindo-lhes que prossigam na discussão, pelo critério difuso, sobre a inaplicabilidade dela. Eis aí o seu efeito prático danoso.

Para os que se posicionam favoravelmente à ação declaratória de constitucionalidade, bastando citar entre esses o ilustre constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, essa ação tem o mérito de promover maior segurança jurídica, manifestando-se ele no sentido de que : “a ação declaratória de constitucionalidade configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal”<sup>9</sup>.

Insistindo no aprofundamento da defesa da ação declaratória, Gilmar Ferreira Mendes sustenta, ainda, a tese de que ela nada mais é do que a Ação Direta de Inconstitucionalidade com o sinal trocado. Nesse sentido, os argumentos que identificam o vício de inconstitucionalidade da ação declaratória por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório etc., seriam válidos também para a Adin.

Grosso modo, então, está a doutrina polarizada entre esses dois blocos.

O Projeto de lei objeto deste trabalho, no entanto, ao prever o mesmo procedimento para o processo e o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade e da Ação Direta de Inconstitucionalidade parece realizar uma fusão entre elas como que sugerindo um enfraquecimento do debate sobre a inconstitucionalidade da primeira, neutralizando os argumentos que dão suporte à identificação desse vício.

9 Mendes, Gilmar. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Editora Saraiva, 1995. Pág.53.

O Projeto de lei em curso, de fato, é o endosso da tese sempre defendida pelo eminente constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, tratando ambas as ações como faces de uma mesma moeda. Ambas, segundo ele, são instrumentos de controle de abstrato de constitucionalidade, diferenciando-se apenas pelo troca de sinal<sup>10</sup>. Enquanto a ação declaratória de constitucionalidade opera um controle com sinal positivo, a Adin opera esse controle com sinal negativo.

Desse modo, então, não há qualquer desconforto na previsão para o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF acerca de questões constitucionais. Afinal, o que é válido para a ação declaratória deve ser, igualmente, válido para a Adin.

Entretanto, uma tal conclusão é enganosa.

A questão constitucional, em que pese o brilhantismo da tese de Gilmar Ferreira Mendes, não se resolve como uma equação matemática, na qual mudando-se o lugar dos termos inverte-se o sinal.

Aliás, mesmo uma equação matemática, para ser devidamente processada, exige um correto posicionamento dos seus termos a fim de descobrir os valores de suas incógnitas. Se for mal estruturada, corre-se o risco de não se poder sequer desenvolvê-la, muito menos lhe dar uma solução.

Seguindo essa linha de raciocínio, a questão constitucional que também não opera só com signos, mas com valores, deve ser previamente bem pensada. Embora coexistam no texto constitucional os mais diversos valores, alguns até antinômicos, a concretização da norma constitucional não implica apenas a afirmação de uns e a negação de outros, mas a tentativa de conciliá-los como forma de dar equilíbrio à sociedade.

10 \_\_\_\_\_ Idem. Pág. 56.

A alegada segurança jurídica como argumento nuclear na defesa da ação declaratória de constitucionalidade não repousa pura e simplesmente em dar ao texto uma única interpretação, porque pensar assim é admitir que o sentido de um texto esgota-se, ignorando as suas possibilidades interpretativas. Sobretudo, quando essas possibilidades interpretativas da lei são abertas pelo texto constitucional, em relação a ele próprio estão presentes e subsistem, em qualquer situação, em função dele mesmo<sup>11</sup>.

Isso, repita-se, é o que decorre do sentido mais completo sob o qual a Constituição deve ser compreendida e em virtude do qual se explica o momento constituinte vivido por essa mesma sociedade, possibilitando apreciar positiva e negativamente os efeitos da norma constitucional.

Diante dessas considerações, questiona-se o entendimento comum que é dado à noção mesma de segurança jurídica. Ao que tudo indica, tende-se a circunscrever essa noção à idéia de aplicação da norma como um comando previamente preenchido de significado pelo legislador, em virtude do qual o Judiciário orienta-se, limita a sua visão e atua. Privilegia-se o dogma do Judiciário como aplicador de leis e despreza-se a sua força criadora e responsabilidade como encarregado de decidir e resolver efetivamente os conflitos que lhe são submetidos à apreciação.

Refutando-se o argumento da segurança jurídica tal como ele é desenvolvido na defesa da ação declaratória de constitucionalidade, rechaça-se, por conseguinte, o sentido mesmo dessa ação, reacendendo as objeções que lhe são feitas.

Revigora-se, nesse caso, o argumento de que a ação declaratória de constitucionalidade afronta o princípio da ampla defesa e do contraditório, pelo que o efeito vinculante que lhe é conferido intercepta o processo de

11 Ver a respeito artigo do Prof. João Maurício Adeodato sobre o pensamento do Prof. Friedrich Müller publicado na Revista da ESMape, nº3/97.

concretização normativa por vias interpretativas mais amplas e eficazes em função do caso concreto no qual o texto constitucional é invocado como uma referência obrigatória do controle de incidência de comandos normativos nefastos.

Mas a discussão não se limita a uma condenação do efeito vinculante relativo à ação declaratória de constitucionalidade. Considerando que o projeto também o prevê para a ação direta de inconstitucionalidade, isso merece uma análise que se desenvolve sob outros parâmetros.

Se por um lado, embora condenável, o efeito vinculante presta-se teoricamente a dar suporte à ação declaratória, em relação a ação direta de inconstitucionalidade ele parece, mesmo teoricamente, deslocado.

Como se sabe, a ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada. Se julgada procedente, a decisão declaratória de inconstitucionalidade equivale ao reconhecimento de nulidade da lei.

Assim têm-se posicionado o Supremo Tribunal Federal e a doutrina constitucional pátria, que não acolheram a tese defendida por Hans Kelsen<sup>12</sup> na Áustria, consistente em ver na declaração de inconstitucionalidade uma anulação do texto impugnado. Nesse sentido, então, a lei declarada inconstitucional por ser nula é entendida, a partir daí, como desprovida do seu fundamento de validade, sendo por isso expurgada do ordenamento jurídico.

Não há, portanto, o que falar em efeito vinculante para aquilo que é desprovido de validade jurídica. A declaração de inconstitucionalidade desobriga a todos de procederem no sentido do que dispunha o texto impugnado. A conduta dos destinatários da lei, pelo menos no

12 Cf. Gilmar Ferreira Mendes *Jurisdição Constitucional*. Ed. Saraiva, 1996, pág.65 e seguintes.

plano prático, será regida pela lei anterior àquela que se tinha deixado de aplicar pelo advento daquela que terminou por ser declarada inconstitucional. Trata-se, portanto, de se admitir, como esclarece Luís Roberto Barroso, o efeito ripristinatório à norma revogada<sup>13</sup>.

Desabona-se, a tese de que a ação declaratória de constitucionalidade e a Adin são formas de controle de abstrato de constitucionalidade de lei com o sinal trocado. Em vista da troca de sinais, como também ocorre na matemática, para não perder a oportunidade de usar a metáfora formulada por Gilmar Ferreira Mendes, o resultado nunca será o mesmo. Haverá, por certo, algum resultado, mas ele tanto pode redundar no erro quanto no acerto.

Tudo isso leva a uma necessária resistência ao Projeto de Lei aqui analisado.

Nos termos em que ele foi urdido, a troca de sinais parece irrelevante, quando, na prática, ela poderá resultar numa única operação constitucional, em lugar de várias.

Para melhores esclarecimentos, não é só o fato de que se fale indiferentemente em efeito vinculante para as decisões proferidas pelo STF no papel de Corte Constitucional quando provocado diretamente nesse sentido, tal como sugere o projeto. O que se mostra como um dado, igualmente, incômodo é que o próprio processo de controle abstrato de constitucionalidade é substancialmente alterado, desnaturando-lhe como processo objetivo.

Segundo a doutrina, robustecida com a opinião do já citado Gilmar Ferreira Mendes, o processo de controle abstrato de constitucionalidade de leis é caracterizado como um processo objetivo porque é um processo sem partes, no qual não se busca a pretensão à tutela de um interesse subjetivo, mas uma afirmação da integridade da ordem constitucional.

13 Cf. Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Editora Saraiva, 1996. Págs.87/89.

Muito habilmente, mostrando coerência com o pressuposto de que a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade são faces da mesma moeda, o art.7º, § 1º, do projeto de lei, que se refere apenas à Adin, prevê a manifestação, no curso dessa ação, de qualquer um dos entes legitimados, sobre o objeto dela, podendo, inclusive pedir a juntada de documentos.

Essa manifestação será admitida por despacho irrecorrível do relator, nos termos do §2º do mesmo artigo.

Eis o texto :  
art. 7º....

*“§1º Os demais titulares referidos no art.2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o projeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.*

*§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.*

O mesmo procedimento é previsto para a ação declaratória de constitucionalidade, no art.18, §§ 1º e 2º do mesmo projeto. Todavia, convém assinalar que, para o ajuizamento da mencionada ação é significativamente reduzido o número de entes legitimados, limitando-se a apenas quatro : o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado e o Procurador Geral da República. Não obstante, no curso dessa ação, pelo projeto prevê-se que possam se manifestar todos os entes previstos no art. 103 da Constituição Federal.

Ora, esse tipo de previsão além de poder prolongar o julgamento da questão constitucional submetida à apreciação do STF, metamorfoseia o processo de controle abstrato de constitucionalidade de leis, deixando-o de tratá-lo como um processo objetivo, mas como uma lide na qual todo e qualquer interesse será explicitado.

Tratando-se de uma Adin que pode ser proposta por vários entes, os quais se multiplicam em virtude de alguns deles se referirem a órgãos de extensa representatividade, o **texto constitucional** que se pretende afirmar através da impugnação da lei pode ser interpretado por um ou alguns dos demais legitimados como um obstáculo ao exercício dos atos de governo no país, fazendo convergir para o STF todas as discussões de natureza política.

Se ao contrário, tratar-se de uma ação declaratória de constitucionalidade, cuja propositura cabe à titularidade de poucos e que visa à afirmação de um **texto de lei** ordinária frente à Constituição a manifestação embora que conferida a todos os entes legitimados pelo art.103, parece não ter a menor relevância já que através dessa ação privilegia-se o texto de lei e não a Constituição.

Ademais, o projeto, exatamente por essa razão, pode ser alterado no sentido de conferir a possibilidade de alguma manifestação no curso da ação declaratória apenas aos entes que detenham a legitimidade para propô-la, restringindo drasticamente a margem de discussão sobre a constitucionalidade da lei em exame.

Por tudo isso, se aprovado esse projeto, por mais desagradável que seja essa hipótese, um outro debate deverá se suceder no país, com maior força e amplitude do que o que este projeto suscita.

A atenção da comunidade jurídica e da sociedade de modo geral deverá ser centrada na composição do Supremo Tribunal Federal que deterá, então, o controle

da vida constitucional, pronunciando : a primeira, a única e a última palavra.

Com a eventual aprovação do projeto aqui em análise, vaticina-se o esvaziamento senão o fim do controle de constitucionalidade por via incidental, porque subtrai-se das instâncias inferiores a necessidade de se debruçarem sobre a discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei na medida em que o uso da ação declaratória de constitucionalidade é legitimado – já que ela passou a ser tratada habilmente como a outra face da Adin. Também porque quem, dentre os entes legitimados a acionar o sistema de controle abstrato de constitucionalidade, se interessar pela questão constitucional, poderá se manifestar no âmbito apenas desse sistema?

Essa mudança no aludido sistema por intermédio de um projeto de lei e de iniciativa do governo, portanto, do interesse do Executivo Federal, subverte a tradição constitucional brasileira estabelecida desde a proclamação da República, quando por inspiração do modelo constitucional americano, introduziu-se no país o controle de constitucionalidade de leis pelo critério difuso.

Não há, evidentemente, aqui nenhum preconceito quanto ao sistema de controle abstrato que, no Brasil, convive, desde 1965, com o controle difuso. O que se questiona é que se acentue um sistema constitucional de cunho centralizador, como é o caso daquele que se exercita de forma abstrata, até mesmo devido à sua origem histórica e ao momento em que foi introduzido no país, desmerecendo um traço do controle constitucional mais marcadamente democrático, como o que realiza difusa e em situações concretas. Aliás, diga-se de passagem, democrático também, mas não só, pela sua origem histórica.

Contudo, se não se pode retroceder na proposta de sistema de controle constitucional até os primórdios da nossa República, então, será preciso repensar a forma

como se estrutura a Corte Superior no país, transplantando para o processo de sua composição os valores democráticos renunciados pela adoção do novo sistema que a impulsionará a agir no papel de Corte Constitucional.

A concretização da norma constitucional, em conclusão, caso aprovado sem alterações o projeto em comento, dependerá da quantidade e da qualidade do ar que circule no Supremo Tribunal Federal.

Dessa maneira, como um último ponto a ser ressaltado, vai-se estar diante de STF cujas decisões terão efeito vinculante desde que a matéria debatida seja de ordem constitucional, o que significa, uma extraordinária ampliação desse efeito o qual, na polêmica que se instaurou no país sobre a reforma do Judiciário, limitava-se, inicialmente, apenas a algumas matérias.

Porém, se a sua abrangência for determinada pelo conteúdo constitucional referir-se-á, então, a toda e qualquer matéria, cabendo ressaltar que nos termos do supra referido art.28, parágrafo único, do Projeto de lei, obriga às administrações federal, estadual e municipal.

Às avessas, exclui o Poder Executivo Federal quando este agir na qualidade de legislador e não de administrador, editando por exemplo, Medidas Provisórias cujo uso, já se viu, está cada vez mais distante daquilo que o texto constitucional vislumbrou.

Deve-se retomar aqui, forçosamente, a reflexão desenvolvida linhas atrás sobre a exata compreensão do dogma da Separação dos poderes. Pois, quando o legislador atua no exercício de sua função para ele devem convergir e naturalmente convergem todos os olhares. Assim, como muito maior razão, ao que parece, esses mesmos olhares devem convergir para aqueles que atuam como se legisladores fossem. Afinal, autêntico ou não, o legislador é sempre aquele que realiza intenções.

# DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA

**Maurício Rands**

O autor é PhD pela Universidade de Oxford; ex-Professor da Escola da Magistratura; Professor adjunto de Direito do Trabalho da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito do Recife, e advogado trabalhista.

## SUMÁRIO

1- Introdução. 2- O Garantismo individual: prevalência do modelo heterônomo. 3- A desregulamentação: dois possíveis caminhos. 4- A legislação de suporte. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

A partir dos anos 80 o processo de aceleração das mudanças tecnológicas e o aguçamento da competição internacional pelos mercados tem colocado a necessidade de desregulamentação entre as prioridades de desenvolvimento dos sistemas de direito do trabalho. De acordo com o nível e velocidade do processo de reestruturação de suas economias, os países têm enfrentado o problema em ritmos e intensidades diversos, o que também decorre de suas especificidades e tradições. O atual processo de mudanças na produção tem gerado tensões que colocam em cheque as instituições trabalhistas surgidas em contexto diverso. No Brasil, dada a arraigada

heteronomia do nosso direito do trabalho, o desafio de adaptação institucional aparece sob a forma de tensões entre o garantismo legislativo individual, o chamado garantismo de administração coletiva e a completa eliminação das garantias dos trabalhadores. Este ensaio objetiva identificar sucintamente as principais características de cada uma destas possíveis soluções e as conseqüências que dela podem decorrer para o futuro do direito do trabalho brasileiro.

## 2. O garantismo individual: prevalência do modelo heterônomo

O Direito do Trabalho brasileiro é notório pela intervenção estatal, pouco espaço sendo deixado para o exercício da autonomia privada. Sustenta-se, em justificativa do exagero heterônomo, o elevado padrão de autoritarismo ainda hoje prevalente nas relações de trabalho, com a conseqüente debilidade das organizações de trabalhadores. Por essa razão, existe um certo consenso retórico de que o país ainda não se pode dar ao luxo de prescindir de um corpo de direito individual de trabalho razoavelmente denso. As divergências surgem quando se discute o alcance dessa densidade.

Pode-se identificar, todavia, uma corrente que alega ser ainda necessário o sistema de prevalente intervenção legislativa, inclusive com a manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho, dadas as carências estruturais das relações de trabalho no país, sobretudo a falta de normas infraconstitucionais que fortaleçam o papel dos sindicatos (Andrade, 1994, por exemplo).

Os autores que defendem essa posição apontam corretamente para a falta de preparação do empresariado brasileiro para o exercício da contratação coletiva alicerçada num sindicato legitimado e fortalecido, inclusive legalmente. Todavia, a insistência na manutenção das

principais instituições do sistema trabalhista, hoje vigente, deixa sem resposta as inúmeras inconveniências e entraves originados por instituições que não mais se compadecem com os desafios colocados diante da economia brasileira. A falta de resposta às mudanças de fato ocorridas corre o risco de deixar o espaço aberto para aquelas posições que, em nome da modernização, nada mais pretendem do que reduzir o escopo protetor do direito do trabalho.

Com esta avaliação, a seguir, concentrar-nos-emos no debate travado entre as correntes, partindo da constatação de que o sistema, a prevalência heterônoma não mais conseguirão se manter, visualizam soluções distintas para o desafio da adaptação.

### 3. A desregulamentação: dois possíveis caminhos

Por desregulamentação, para utilizar a abordagem de Veneziani (1992: 196), entende-se o processo de desmonte dos vínculos normativos legais que protegem o trabalhador subordinado, os quais constituem num complexo de normas de ordem pública garantidoras de um núcleo protetivo mínimo, insusceptível de derrogação *in pejus* pela autonomia das partes. O processo de desregulamentação, segundo as especificidades de cada ordenamento, pode seguir dois endereços contrapostos de política do direito. De um lado, pode-se enveredar pela liberação total do mercado de trabalho, com a revogação do aparato legislativo protetor. Uma tal opção tem sido perseguida pelos governos conservadores de Estados como o Reino Unido, onde desde 1979 o governo tem procurado desmontar a legislação de direito individual ou coletivo antes destinada a atenuar aquele desequilíbrio entre o capital e o trabalho que, em última instância, constitui a própria razão de ser do Direito do Trabalho. Ao

perseguir tais objetivos, a chamada *desregulamentação selvagem* tem percorrido o caminho inverso ao da evolução histórica do direito do trabalho, ou seja, tem promovido a revalorização dos princípios do direito comum na disciplina das relações de emprego. Assim, pode-se alegar que uma tal abordagem aproxima-se à negação do próprio Direito do Trabalho.

Um segundo endereço de política do direito em relação à questão da desregulamentação tem sido praticado pela maioria dos países democráticos, como podem exemplificar Itália, Espanha, Portugal, França, Alemanha e outros. Para essa alternativa, que tem como pressuposto uma organização sindical com poderes e legitimidade para desenvolver a contratação coletiva, a atenuação de alguns excessos de rigidez legislativa deve ser feita justamente através da negociação coletiva. Assim, o juízo da conveniência e oportunidade sobre a disciplina de certos aspectos das relações de trabalho é transferido à responsabilidade dos grupos sociais. À autonomia privada coletiva, isto é, à capacidade dos sujeitos do direito coletivo do trabalho, é confiada a responsabilidade de, em alguns casos, subtrair a eficácia de preceitos que antes não podiam ser *derrogados in pejus*. Isto não significa que o direito individual do trabalho necessariamente é revogado mas, antes, que a aplicação de suas normas pode ser flexibilizada através da manifestação de vontade dos trabalhadores organizados coletivamente nos sindicatos e dos empregadores ou suas entidades representativas.

Este novo equilíbrio entre a lei e a autonomia coletiva é um problema que tem suscitado longas discussões teóricas. Muitas vezes, sob o mesmo rótulo escondem-se abordagens substancialmente distintas. Entre as maiores fontes de incompreensões encontra-se o problema preliminar da capacidade dos sujeitos coletivos de realizarem eficazmente a negociação coletiva. Evidentemen-

te, de nada adianta atribuir à autonomia privada coletiva a responsabilidade de atenuar o garantismo legislativo individual, sem que, antes, o sistema de relações industriais assegure as condições mínimas para que as partes possam negociar.

A função de estabelecer normas viabilizadoras da contratação coletiva passa a ser, destarte, uma das tarefas precípuas do moderno Direito do Trabalho. O deslocamento da ênfase no direito individual do trabalho em direção à combinação dos papéis da lei e da autonomia coletiva reclama um novo papel para as instituições estatais. O sistema normativo precisa, para cumprir esse papel, dotar-se a si próprio e às partes, de um conjunto de preceitos que reduzam aquela assimetria estrutural subjacente às relações entre o capital e o trabalho. Como essa assimetria somente pode ser atenuada se o trabalhador individual tiver a capacidade e possibilidade legal de organizar-se, ao Estado passa a ser reservada a função de editar uma legislação que vise a promover a organização sindical e dotar-lhe das garantias ou imunidades necessárias ao desempenho da contratação coletiva. O exame da natureza e características dessa legislação, ainda muito pouco desenvolvida entre nós, é o objeto do restante deste ensaio.

#### 4. A legislação de suporte

Para que se tenha uma idéia do relevo que alguns ordenamentos jurídicos conferem à legislação de suporte, basta que se lembre que alguns autores ingleses, por exemplo, dividem a legislação social em duas partes, a saber: *regulatory legislation* and *auxiliary legislation*. A primeira corresponde ao que, na terminologia dos sistemas romanísticos, denomina-se direito individual do trabalho, consistindo no complexo de normas que disciplinam a relação de emprego, sobrepondo-se à vontade das

partes. A segunda abrange as normas destinadas a dar suporte legal à contratação coletiva e à organização coletiva das partes do sistema de relações industriais, como exemplificam as normas que obrigam o empregador a reconhecer a organização sindical para fins de negociação e aquelas que o obrigam a consultar o sindicato e prover-lhe informações (Deakin & Morris, 1995)

Mesmo os países cujo sistema legal é baseado no “*common law*” e, portanto, carecem da tradição do Direito Romano de intervenção legislativa detalhada, têm reconhecido a necessidade de intervenção em suporte de certos aspectos do sistema de relações trabalhistas. O caso inglês é o melhor exemplo. Não obstante sua longa tradição de “*collective laissez-faire*”, a legislação britânica tem reconhecido a necessidade da edição de algumas leis para encorajar a negociação coletiva. Um exemplo desse tipo de intervenção legislativa é o ‘British Wage Council’. Apesar das variações em seus objetivos, tais “conselhos de salário” freqüentemente têm visado ao estímulo da negociação coletiva (como sob o ‘Trade Boards Act 1918’ ou o ‘Wages Councils Act 1945’. Um outro precedente interessante no Direito do Trabalho inglês é a chamada Resolução dos Salários Justos de 1946 (‘Fair Wages Resolution’), de acordo com a qual a imposição legal dos salários e condições de trabalho justos têm como referência os padrões praticados nas negociações coletivas (Freedland e Davies [1979] 1984: 143/163).

Esses precedentes de um sistema de relações trabalhistas, altamente voluntarista, testemunham a difundida convicção de que a negociação coletiva tem de ser combinada com certas disposições legais essenciais à sua factibilidade. A evolução do sistema inglês apresenta outros interessantes exemplos de legislação de suporte, como exemplificam os seguintes dispositivos (Freedland and Davies, 1984; Wallington, 1993);

- procedimentos para reconhecimento dos sindicatos obreiros pelos empregadores ('Employment Protection Act 1975' – 'EPA 1975');
- procedimentos para extensão dos contratos coletivos aos empregadores que não tomaram parte na negociação coletiva, a requerimento dos sindicatos de trabalhadores (EPA 1975);
- a obrigação de fornecimento pelo empregador das informações relevantes para o desenvolvimento da contratação coletiva introduzida pelo 'Employment Protection Act 1975';
- dever do empregador de consultar o sindicato em caso de demissões coletivas (EPA 1975);
- direito de dirigentes e delegados sindicais a um certo tempo livre com remuneração para o desempenho de suas obrigações e para o treinamento ao exercício do mandato sindical assegurado pelo 'Employment Protection (Consolidation) Act 1978';
- a vedação da dispensa ou punição em decorrência da filiação a sindicato ou participação em suas atividades conforme estipulado no referido ato de 1978, conforme o 'Trade Union Labour Relations Consolidation Act 1992' – 'TULR(C)A 1992'.

O reforço da legislação "auxiliar" ou "promocional" vem recentemente sendo advogado por importantes autores ingleses depois do programa legislativo de desregulamentação perseguido pelos governos conservadores a partir de 1979 (Wedderburn, 1991, 1995; Davies e Freedland, 1993; Dickens e Hall, 1995). Para eles o retorno do sistema inglês a um puro "abstencionismo" ou "voluntarismo", o qual, aliás, nunca foi realmente praticado, está longe de ser apropriado para o futuro do Direito do Trabalho britânico. A introdução de um conjunto básico de normas positivas estatais em suporte à autonomia e

à liberdade sindicais, e à própria contratação coletiva, é defendida para restaurar um razoável equilíbrio entre empregados e empregadores.

Tais objetivos de política do direito britânico poderiam ser comparados às propostas do sindicalismo brasileiro que colocam a necessidade de edição de um corpo de leis promocionais como verdadeiro pré-requisito para a instauração da livre contratação coletiva, embora partindo de diferentes pontos de partidas e tradições (Rands, 1996).

A experiência inglesa sugere que sem dispositivos legais que amenizem o maior poder de barganha do empregador, decorrente de sua posição no processo produtivo, a negociação coletiva seria utópica. Esta idéia repousa na base da reivindicação da CUT por uma legislação de suporte como pré-condição do contrato coletivo de trabalho.

A legislação de suporte ou de sustento, em vez de proteger o empregado como indivíduo, busca equilibrar a relação de poder entre trabalhadores e empregadores seja dentro da empresa seja na sociedade. Para atingir este objetivo, a legislação de sustento ou promocional visa a estimular ambos, a atividade sindical e a contratação coletiva (Ghera, 1990: 24). Talvez a mais desenvolvida iniciativa nesta direção seja o Estatuto do Trabalhador Italiano (Lei 300/1970). Para Gino Giugni, seu inspirador, o corpo de dispositivos sustentando a atividade sindical é ligado ao princípio da igualdade substancial em contraposição ao princípio da igualdade meramente formal (1991: 86).

Essas medidas não se restringem à capacidade dos empregadores de interferirem na esfera da liberdade sindical. Em vez de impor obrigações negativas à empresa, a legislação promocional (ou 'auxiliary', na terminologia

do direito inglês) dota os trabalhadores dos instrumentos para desempenho da atividade sindical organizada. Uma amostra dos direitos de suporte, inseridos no Estatuto dos Trabalhadores Italianos, fornece-nos uma boa idéia sobre a importância deste tipo de legislação para o desenvolvimento da negociação coletiva:

- reintegração do empregado demitido sob certas circunstâncias, especialmente quando exercendo qualquer função de representação sindical (art. 18 da lei 300/70);
- proibição de discriminação ou demissão, por filiação ou participação sindical, inclusive em greves (art. 15);
- direito de realizar assembléia no local e no horário de trabalho em número de até dez por ano, ou fora do horário de trabalho, em ambos os casos com pagamento (art. 19);
- direito de realizar referendo dentro do local de trabalho (art. 20);
- direito de liberação com pagamento para um certo número de representantes sindicais (art. 23);
- direito de afixar comunicações sindicais em quadros dentro do local de trabalho (art. 25);
- obrigação da empresa de descontar as contribuições sindicais voluntárias dos trabalhadores (art. 26);
- dever do empregador de fornecer local adequado para as atividades sindicais dentro do local de trabalho;
- repressão de qualquer tipo de conduta anti-sindical do empregador (art. 28).<sup>1</sup>

A necessidade de uma legislação promocional ou de suporte apresenta-se, assim, como um forte instrumento para transformar a atual atitude do Estado e dos empregadores. Tal como na Itália, somente com esse tipo de legislação de sustento, o sindicalismo irá penetrar no interior das empresas e, assim, suprir seu déficit de representatividade. Para abandonar o sistema heterônomo de relações trabalhistas em direção à negociação voluntária que exercita a autonomia privada coletiva, a legislação de sustento é indispensável. Em sua ausência, a organização e a atividade dos trabalhadores no local de trabalho é inatingível. E a negociação coletiva neste nível básico, combinada com a organização sindical a ela necessária, é considerada como outro requisito para o pleno estabelecimento do contrato coletivo de trabalho (Braga e Miranda, 1991: 63).

Para esta formulação, então, não há incompatibilidade entre a legislação promocional e a auto-composição do conflito coletivo. Mais do que isso, ambos são interdependentes na medida em que a negociação coletiva tem que ser reforçada pela garantia do papel contratual e da capacidade representativa dos sindicatos. O que é buscado através da contratação coletiva autônoma é a organização e a democratização das relações trabalhistas. Uma óbvia conexão com a democratização do conjunto da sociedade decorre do induzimento à organização dos interesses. Por essa razão, de um ponto de vista democrático mais amplo, este padrão de intervenção estatal justifica-se pela necessidade de dotar os grupos de interesse dos mecanismos para realizar um objetivo que é incorporado pelo próprio Estado democrático. A intervenção estatal, como sustenta Siqueira (1991: cap. 1), deveria ser drasticamente alterada no caso brasileiro. De um modelo

<sup>1</sup> Ver 'Statuto dei Lavoratori' in 'Codice di Diritto del Lavoro', editado por Giugni (1994).

repressivo em assuntos que não deveriam ser tratados (organização sindical e arbitragem compulsória pela justiça do trabalho, v.g.), para uma tipo de 'legislação organizacional'. Isto significaria redirecionar a legislação para assegurar a representatividade das partes.

Na mesma perspectiva, o direito de greve é concebido como um outro requisito essencial para introdução de um sistema livre de contratação coletiva. Sem dúvidas, o tratamento legal do conflito coletivo é um elemento fundamental de um sistema de relações trabalhistas. Se se busca construir um sistema cujos pressupostos fundem-se numa democracia pluralista que aceite a naturalidade do conflito, o direito de greve tem de ser preservado. Seria um contra-senso erigir um sistema baseado na livre organização e na contratação coletiva autônoma, mas sem o pleno reconhecimento do direito de greve. Se, para a democracia pluralista, o conflito é reconhecido e legitimado, os meios para expressá-lo não podem ser limitados. De outro modo, uma das partes da negociação coletiva estaria condenada a dela participar com mãos atadas. O direito de greve, em suma, é visto como alavanca para viabilizar a contratação. Ele permite relativizar a posição privilegiada do empregador no processo produtivo e no próprio sistema político. Enquanto ele pode exercer seu poder de barganha ou de protesto mediante a simples decisão de não investir, ao assalariado resta o poder de recusar-se à venda da única mercadoria de que dispõe.

## Referências bibliográficas:

- ANDRADE, Evaraldo Gaspar Lopes de. 1994. *Direito do Trabalho – Itinerários da Dominação*. São Paulo: Editora LTr, esp. Cap. 2;
- BRAGA, Douglas Gerson. e Miranda, José Olfvio. 1991. "Sem organização não há contratação". in *Negociação e Contrato Coletivo de Trabalho*, Rainho, L. Flávio and Ferreira, Soraya, eds. São Paulo, Editora Brasil Urgente;
- DAVIES Paul and FREEDLAND Mark. 1993. *Labour Legislation and Public Policy*. Oxford: Clarendon Press;
- DEAKIN, Simon & Morris, Gillian, 1995. *Labour Law*. London: Butterworths;
- DICKENS, L. and Hall, P. 1995. The State: Labour law and Industrial Relations', in Edwards, Paul, *Industrial Relations – Theory and Practice in Britain*;
- EDWARDS, Paul. 1995. *Industrial Relations – Theory and Practice in Britain*. Oxford: Blackwell;
- FREEDLAND, Mark and Davies, Paul. [1979] 1984. *Labour Law – Text And Materials*. London: Weidenfeld and Nicolson;
- GHERA, Edoardo. 1990. *diritto del lavoro – il rapporto di lavoro*. Bari; Cacucci Editore;
- GIUGNI, Gino, 1991. *Diritto Sindacale*. Bari: Cacucci Editore;
- \_\_\_\_\_, ed., 1994. *Codice Di Diritto Del Lavoro*. Bari: Cacucci Editore;
- RANDS, Maurício. 1996. 'Direito do Trabalho na Grã-Bretanha e no Brasil; Pontos de Partida Distintos, Similaridade de Alternativas, in *Revista Ltr*, Vol. 60, nº 08, Agosto;
- SIQUEIRA, José Francisco. 1991. *Ocontrato Coletivo de Trabalho*. 1991. São Paulo: Editora LTr;
- VENEZIANI, Bruno. 1992. *Stato e Autonomia Collettiva. Diritto Sindacale Italiano e Comparato*. Bari: Cacucci Editore;
- WALLINGTON, Peter. 1993. *Butterworths Employment Law Handbook*. London: Butterworths.
- WEDDEERBURN, Lord. 1995. *Labour Law and Freedom – Further Essays in Labour Law*. London: Lawrence and Wishart.

# EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS\*

Nelson Saldanha

Professor de Filosofia de Direito da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco; membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambuca de Letras.

## SUMÁRIO

1. Sobre a existência de valores jurídicos. 2. A variabilidade histórica dos valores jurídicos. 3. Alusão à verdade. 4. Novamente sobre politicidade e valores. 5. Mais sobre a justiça. 6. Valores e "princípios".

### 1. Sobre a existência de valores jurídicos

As indagações filosóficas concernentes aos valores em geral se estendem ao tema dos valores jurídicos. Em qualquer setor institucional (política, economia, religião) a presença – aliás óbvia – de valores pede extensão análoga. Os valores não ocorrem em si e por si mesmos, sem vinculação aos setores institucionais: eles provêm da experiência institucional e nela se realizam. Definem-se como entidades metafísicas, mas não **se encontram** senão dentro daquela experiência. O que importa, ao pensar nos valores dos diversos setores, é discernir suas peculiaridades: os valores religiosos não se confundem com os políticos, os pedagógicos se distinguem dos jurídicos. O que porém não impedem que dentro de um ordenamento jurídico se encontrem valores econômicos, ou que um sistema político abrigue em seus refolhos valores teológicos<sup>1</sup>

\* Capítulo do livro *Filosofia do Direito*, em preparo.

1 Veja-se supra, parte II, capítulo III. – Sobre valores jurídicos, cf. desde logo M. Reale, *Filosofia do Direito*, 14ª edição.

Será portanto necessário pensar sobre se existem, e em que sentido, valores especificamente jurídicos. A religião, a política (ou seja, o poder), a família, estão presentes em qualquer grupo social minimamente organizado: deve haver, destarte, valores próprios da religião, da política, da família. O que chamamos Direito consiste, em certos contextos, em uma derivação direta da ordem política; por outro lado sabe-se que, em certas fases das sociedades, as vedações e obrigações que hoje chamaríamos “jurídicas” são decorrentes de injunções religiosas.

A ordem jurídica assume e integra determinados valores, que com isso se “oficializam” e se realizam socialmente. Assim a liberdade, a justiça, a segurança, a ordem, a paz têm sido indicados como valores jurídicos. Mas a **liberdade** constitui um valor político, tanto no sentido amplo desta palavra, quanto no restrito: um valor político e sócio-político, que abrange problemas como o da escravidão (isto é, a **libertas** clássica como atributo do homem livre) ou como o da moderna “liberdade de ir e vir”<sup>2</sup>. A **justiça**, que muitos designam como valor axial do Direito, senão como verdadeiro **telos** de todo sistema jurídico, é também – ao menos em parte – um valor político: já o vira Aristóteles. Aliás todo o percurso histórico da cultura grega, dentro do chamado “mundo clássico”, revela uma constante reflexão sobre a justiça, no qual se inserem

2 Sobre a liberdade na Grécia antiga, Max Pohlenz, *La Liberté Grecque*, trad. J. Goffinet, Payot, Paris 1956. Para o caso romano, Ch. Wirszubski, *Libertas as a political idea at Rome during the late republic and early principate*, Cambridge Univ. Press, 1968. – Pode-se dizer, em certo sentido, que no direito privado a liberdade, sobretudo entendida como “liberdade de contratar”, assumiu um sentido específico, com o qual se estabeleceu (ou se revelou) uma correlação entre a civilística oitocentista e o liberalismo. A propósito, Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Sulbenkian, págs. 551 e segs., 628 e segs.

itens de uma constante consciência da politicidade: de Homero a Platão, de Aristóteles aos estóicos<sup>3</sup>.

Por tudo isso, adquiriu sentido e sugestividade a idéia de Lopez de Onãte, segundo a qual a **certeza** seria o valor peculiar ao direito, ou seja, sua “específica eticidade”. A certeza, no caso, seria “algo não abstrato, geral e esquemático, e sim concreto, específico, correlativo às experiências singulares”<sup>4</sup>. A certeza, com efeito, corresponde ao sentido de coerência e previsibilidade que o direito apresenta. Ela tem a ver, e isto o sublinha Lopez de Onãte, com a luta contra o arbítrio (recordemos o elogio da forma feito no século passado por Ihering).

Observe-se, ademais, que a certeza não tem apenas o sentido da clareza da norma: sua clareza e seu poder coercitivo. Há também, na idéia de certeza, uma relação de fundo com o próprio **direito**: o direito deve conferir certeza como uma ordem genérica e inteira, onde existem indicações e garantias.

3 Desde logo Aristóteles na *Moral a Nicomaco* (trad. esp. P. Azcárate, Espasa-Calpe, B. Aires 1952), livro V. Todos os capítulos oscilam entre a análise da justiça como conceito ético e sua visão como problema da *polis*. – Para os pensadores pré-socráticos, Pierre Guérin, *L'idée de justice dans la conception de l'univers chez les premiers philosophes grecs, de Thales à Héraclite* (Alcan, Paris 1934), e também o já clássico Eric Havelock, *The greek concept of justice* (trad. it. *Dike. La nascita della coscienza*, Ed. Laterza, Bari 1983). Também F. M. Cornford, *Principium Sapientiae. As origens do pensamento filosófico grego* (ed. Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição 1981) e Olof Gigon, *Los orígenes de la filosofía griega – de Heslodo a Parménides* (trad. esp., ed. Gredos, Madrid 1985). – Uma antologia de pré-socráticos (entre tantas), em M. Grünwald, *Die Anfaenge der abendlaendischen Philosophie* (Artemis Verlag, Munique 1991).

4 Flávio López do Onãte, *La Certeza del derecho* (trad. S. Santis Melendo e Marino A. Redin, EJEA, B. Aires 1953), Prefácio, pág. 16. – Como se sabe, coube a Jerome Frank, entre as décadas 30 e 50, valorizar a incerteza, em estudos sempre vinculados à estrutura judicial norte-americana: cf. *Derecho e incertidumbre*, trad. C. Bidegain, Buenos Aires 1968; a respeito, Edgar Bodenheimer, *Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas* (Trad. E. Marzano, Forense, Rio de Janeiro 1966), Parte I, cap. VIII, pág. 140 – Uma revalorização da certeza em Giuseppe Lumia, *Controllo Sociale, Giurisdizione e libertà*, (Giuffrè, Milão 1971), cap. X – Outro texto vinculado à sistemática norte-americana (e a Frank) é o H.J. Boukema, de Amsterdam: “Legal realism and legal certainty”, em *ARSP – Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden), vol. 1980, LXVII/4.

A certeza confirma a relevância da lei, embora seja necessário entender que relevante mesmo é o Direito, e que a lei existe para expressá-lo. Daí a importância da linguagem e da terminologia no mundo do Direito, embora não caiba reduzir os problemas jurídicos a problemas de linguagem, nem de terminologia.

De certo modo vale relacionar a idéia de **certeza** com o sentido de **medida** que certos pensadores têm encontrado no Direito. Dante, no século quatorze, definiu o Direito como “proporção”, uma “proporção real e pessoal” necessária à permanência da sociedade. E Georges Dumezil, vasculhando as mais longínquas raízes (e parentescos) do *ius* latino, em antiquíssimos étimos indoeuropeus, detectou naquele termo um sentido de medida. Ao correlacionar o valor certeza com este sentido, poderíamos então considerar a existência, no **Direito**, de dois componentes essenciais: a **justiça** e a **medida**. Ambas teriam ligação com as relações do direito com a política (o valor justiça sendo também, como valor social geral, um valor político), mas na política o poder aparece mais ostensivamente. No direito a justiça seria como que o “conteúdo” da medida; na política ela seria o fundamento do poder.

## 2. A variabilidade histórica dos valores jurídicos

Fala-se, às vezes, da justiça e da segurança como valores antitéticos. Uma certa imagem da justiça, de tom romântico e ligada a clichês revolucionários, é apresentada como incompatível com a ordem: ordem e segurança se associam dessa forma a um sentido de “autoritarismo”. Como se fosse possível a vigência (e a realização) da justiça sem definições institucionais nem estabilidades mínimas<sup>5</sup>.

5 Tratamos mais amplamente deste tema em *Ordem e Hermenêutica*, princ. caps. V e VI.

Na verdade a certeza e a segurança têm certa proximidade como valores. A certeza “assegura” determinadas perspectivas; mas é somente dentro de determinada ordem que adquirem sentido a segurança e a certeza. Mesmo a justiça, ao passar do plano do ideal – ou do emocional – ao institucional, tem de encaixar-se em uma determinada ordenação concreta.

As variáveis históricas afetam o perfil daquilo que se chama **justiça**. Quando Pascal aludia à “*plaisante justice qu’une rivière borne*”, seu racionalismo desejava um modelo universal para substituir a variabilidade. Mas a antropologia sabe que os valores, no momento da valoração, são contextuais, do mesmo modo que os gostos e os símbolos. São as ordens jurídicas *in concreto* que, dentro de uma realidade onde se incluem condicionamentos e decisões, definem a inserção de determinados valores dentro de seus dispositivos. Um ordenamento politicamente liberal incorporará valores diferentes do de um socialista; também o direito dos países árabes apresenta obviamente valores de tipo outro, que não os chamados cristãos<sup>6</sup>.

### 3. Alusão à verdade

Vale fazer aqui uma brevíssima parada diante do problema da verdade. A verdade como idéia (platônica), como valor (no sentido moderno do termo) e como integrante da pouco clara expressão “verdade jurídica”. A milenar aproximação entre as noções de verdade e justiça (o bem, o justo, o vero, o reto) sempre levou a uma correlação entre o julgamento justo e a “verdade processual”. Na Grécia antiga, como se sabe, o juramento

6 Com este registro apontamos para o relativismo e para a relação entre a pluralidade de “sistemas” e a diversificação dos problemas teóricos. Algo sobre isto em Mário G. Losano, *Os grandes sistemas jurídicos* (trad. port., Ed. Presença e Martins Fontes, Lisboa 1979), Introdução e também cap. IX.

foi substituído – com a secularização – pela produção de provas e pela argumentação; o mesmo ocorreria com a superação das ordálias na Idade Média européia<sup>7</sup>.

Mesmo admitindo que a idéia de verdade acha-se ao alcance das ideologias, cabe entender que os conceitos jurídicos mais genéricos, os que alicerçam o ordenamento, têm de exibir uma pretensão à verdade. No plano gnosiológico, a verdade pode estar do lado dos “fatos”, mas a sua filosofia deve indicar a precariedade do conceito de **fato**, sua equivocidade. No plano processual, os fatos (como no plano científico) se “constróem” ou se reelaboram conforme o poder da argumentação. Neste, porém, reside o perigo de que se perca a própria noção de verdade<sup>8</sup>.

### 4. Novamente sobre politicidade e valores

Ao mencionar a conexão entre o **direito** e a **política** (que é evidente para o homem comum e é um problema para os teóricos), podemos retomar a afirmação de que alguns valores, presentes na ordem jurídica, são concomitantemente valores políticos. Por exemplo, como o dissemos, a liberdade, a segurança, a justiça.

7 Aludido à justiça grega primitiva, M. Detienne se refere a uma “justiça do mar, de caráter ordálico, que pertence ao passado mais remoto das civilizações mediterrâneas” (*Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, pág. 34). – Sobre as vicissitudes administrativas da justiça na transição ocorrida com o “fim do mundo antigo”, Antoine Hajje, *Histoire de la justice seigneuriale em France. Les origines romaines* (Paris, Boccard 1927). – Alguns desenvolvimentos teóricos em torno do privatismo e do publicismo na história do processo, no estudo de L. Cabral de Moncada, “O processo civil perante a filosofia do direito” (em *Estudos filosóficos e históricos*, vol. II, ed. da Univ. de Coimbra, 1959). – O tema da “verdade processual” se acha tratado no cap I do conhecido livro de Carlo Furno *Teoria de la Prueba Legal* (trad. esp., Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1954). O mesmo tema foi objeto de tese de Ivan de Souza (*A verdade processual*, Recife 1959).

8 Cf. desde logo Hans Barth, *Verdad e Ideologia* (trad. J. Bazant – E. Imaz, FCE, México 1951). – Para a problemática filosófico-jurídica, Carlos Cossio, *Teoria de la Verdad Jurídica* (ed. Losada, B. Aires 1954), uma das obras mais importantes do pensador argentino. – Sobre argumentação, o conhecido livro de Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’Argumentation* (Ed. Univ. de Bruxelas, 1968).

Na verdade a certeza e a segurança têm certa proximidade como valores. A certeza “assegura” determinadas perspectivas; mas é somente dentro de determinada ordem que adquirem sentido a segurança e a certeza. Mesmo a justiça, ao passar do plano do ideal – ou do emocional – ao institucional, tem de encaixar-se em uma determinada ordenação concreta.

As variáveis históricas afetam o perfil daquilo que se chama **justiça**. Quando Pascal aludia à “*plaisante justice qu’une rivière borne*”, seu racionalismo desejava um modelo universal para substituir a variabilidade. Mas a antropologia sabe que os valores, no momento da valoração, são contextuais, do mesmo modo que os gostos e os símbolos. São as ordens jurídicas *in concreto* que, dentro de uma realidade onde se incluem condicionamentos e decisões, definem a inserção de determinados valores dentro de seus dispositivos. Um ordenamento politicamente liberal incorporará valores diferentes do de um socialista; também o direito dos países árabes apresenta obviamente valores de tipo outro, que não os chamados cristãos<sup>6</sup>.

### 3. Alusão à verdade

Vale fazer aqui uma brevíssima parada diante do problema da verdade. A verdade como idéia (platônica), como valor (no sentido moderno do termo) e como integrante da pouco clara expressão “verdade jurídica”. A milenar aproximação entre as noções de verdade e justiça (o bem, o justo, o vero, o reto) sempre levou a uma correlação entre o julgamento justo e a “verdade processual”. Na Grécia antiga, como se sabe, o juramento

6 Com este registro apontamos para o relativismo e para a relação entre a pluralidade de “sistemas” e a diversificação dos problemas teóricos. Algo sobre isto em Mário G. Losano, *Os grandes sistemas jurídicos* (trad. port., Ed. Presença e Martins Fontes, Lisboa 1979), Introdução e também cap. IX.

foi substituído – com a secularização – pela produção de provas e pela argumentação; o mesmo ocorreria com a superação das ordálias na Idade Média européia<sup>7</sup>.

Mesmo admitindo que a idéia de verdade acha-se ao alcance das ideologias, cabe entender que os conceitos jurídicos mais genéricos, os que alicerçam o ordenamento, têm de exibir uma pretensão à verdade. No plano gnosiológico, a verdade pode estar do lado dos “fatos”, mas a sua filosofia deve indicar a precariedade do conceito de **fato**, sua equivocidade. No plano processual, os fatos (como no plano científico) se “constróem” ou se reelaboram conforme o poder da argumentação. Neste, porém, reside o perigo de que se perca a própria noção de verdade<sup>8</sup>.

### 4. Novamente sobre politicidade e valores

Ao mencionar a conexão entre o **direito** e a **política** (que é evidente para o homem comum e é um problema para os teóricos), podemos retomar a afirmação de que alguns valores, presentes na ordem jurídica, são concomitantemente valores políticos. Por exemplo, como o dissemos, a liberdade, a segurança, a justiça.

7 Aludido à justiça grega primitiva, M. Detienne se refere a uma “justiça do mar, de caráter ordálico, que pertence ao passado mais remoto das civilizações mediterrâneas” (*Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, pág. 34). – Sobre as vicissitudes administrativas da justiça na transição ocorrida com o “fim do mundo antigo”, Antoine Hajje, *Histoire de la justice seigneuriale em France. Les origines romaines* (Paris, Boccard 1927). – Alguns desenvolvimentos teóricos em torno do privatismo e do publicismo na história do processo, no estudo de L. Cabral de Moncada, “O processo civil perante a filosofia do direito” (em *Estudos filosóficos e históricos*, vol. II, ed. da Univ. de Coimbra, 1959). – O tema da “verdade processual” se acha tratado no cap I do conhecido livro de Carlo Furno *Teoria de la Prueba Legal* (trad. esp., Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1954). O mesmo tema foi objeto de tese de Ivan de Souza (*A verdade processual*, Recife 1959).

8 Cf. desde logo Hans Barth, *Verdad e Ideologia* (trad. J. Bazant – E. Imaz, FCE, México 1951). – Para a problemática filosófico-jurídica, Carlos Cossio, *Teoria de la Verdad Jurídica* (ed. Losada, B. Aires 1954), uma das obras mais importantes do pensador argentino. – Sobre argumentação, o conhecido livro de Ch. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’Argumentation* (Ed. Univ. de Bruxelles, 1968).

Mas a referência às relações entre direito e política (das quais a conexão entre o direito e o Estado é somente um aspecto) não impede que se considere a importância do Direito como tal, como algo que não se reduz à forma legal, nem tampouco às “condições sociais” da ordem. Não se reduz, do mesmo modo, à sua dimensão política. O **jurídico**, compreendido como forma e como conteúdo, supõe um correlato político tanto no conteúdo (valores) como na forma, nesta encontrando-se a estruturação de funções e de competências que “fazem” o Direito em seu sentido dinâmico.

Por outro lado, a conexão do direito com a política, isto é, com estruturas políticas (sistemas, órgãos, partidos), implica a presença das **ideologias** dentro da experiência jurídica<sup>9</sup>. As ideologias formulam valores, baseiam-se em valores, alegam valores. Este é um problema sociológico que assume um sentido relevante e tem de ser compreendido, também, dentro da reflexão filosófica: os **ismos**, que se multiplicaram no Ocidente sobretudo com a secularização cultural, são em geral doutrinas com marca axiológica. Introduz-se então no Direito – na teoria e na prática – uma série de concepções e de polémicas atinentes a institutos básicos, como a propriedade e a pena, trazendo debates e reivindicações nascidas em outras áreas<sup>10</sup>.

Pode-se observar, ainda, que nas atitudes teóricas (e axiológicas) alusivas ao “Direito positivo” entra sempre uma conotação **política**. Críticas à “coercibilidade” (ou à coercitividade) da ordem positiva, ou discussões sobre se todo o “Direito” se esgota no conjunto de normas posi-

9 Alguns excelentes estudos no vol. organizado por Werner Maihofer, *Ideologie und Recht* (V. Klostermann, Frankfurt 1969): inclusive o repasse histórico inicial pelo próprio Maihofer, e o estudo de E. Fechner sobre a dimensão ideológica do positivismo jurídico, com ênfase sobre o “purismo” kelseniano. – V. também Elisa Mendez de Smith, *Las ideologías y el derecho*, Ed. Astrea, B. Aires 1982.

10 Para alguns aspectos, Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere* (trad. esp. *História del derecho de propiedad*, ed. Ariel, Barcelona 1986), passim: discutindo os debates oitocentistas sobre o caráter da propriedade primitiva.

vas, ou ainda indagações sobre se a estas cabe reunir as decisões e os “princípios”: estes questionamentos geralmente são remissíveis a variáveis políticas. São-no, justamente, por via de suas implicações ideológicas. Assim no caso dos jusnaturalismos, sobretudo nos jusnaturalismos revolucionários: por exemplo, quando Antígona se contrapõe bravamente às normas ditadas pelo irmão investido do poder real. Aliás Recaséns afirmou – e como ele vários autores – que a crença em um Direito Natural é sempre revolucionária. Nem tanto, posto que há jusnaturalismos de diferentes empostações ideológicas; mas nos jusnaturalismos revolucionários brilha sempre uma especial dramaticidade. O problema tem contudo implicações maiores, e daqui remetemos para um comentário à parte<sup>11</sup>.

## 5. Mais sobre a justiça

Detenhamo-nos um pouco mais sobre a **justiça**. Recordemos que segundo Jung as idéias gerais costumam ser a um tempo representações e sentimentos. Esta frase pode aplicar-se aos valores em geral e portanto à justiça: entende-se a justiça em relação com determinado critério ou princípio, e “sente-se” a justiça dentro de determinadas circunstâncias. O problema poderia levar-nos à discussão sobre objetividade ou subjetividade dos valores, desenvolvida há mais ou menos um século por Ehrenfels e Meinong; ou à diferença entre valores e valorações,

11 Para a criação dos autores que, como Recaséns, associam o jusnaturalismo às posições revolucionárias, cf. nosso “Sobre a evolução do problema do Direito Natural”, em *Velha e Nova Ciência do Direito* (Recife 1974), págs. 50 e 53. – Sobre o caso de Antígona, o mais dramaticamente ilustre na história do tema, sempre cabem observações. A politicidade do jusnaturalismo revolucionário tem relação com a politicidade dos valores, mas o problema do “Direito Natural” não se reduz a uma alusão ao valor justiça: ele conota um modo de ver a correspondência entre o mandar e o obedecer – Algumas ressalvas sobre o pretendido paralelismo entre jusnaturalismo e “progressismo” (como entre juspositivismo e conservadorismo), no breve texto introdutório de N. Bobbio, em seu *El problema del positivismo jurídico* (trad. esp., Eudeba, B. Aires 1965).

estando talvez o “sentimento” mais nestas do que naqueles. Valores têm a ver com o plano da essência; valorações, com o da existência.

É válido dizer que em todo sistema jurídico (ou político) existe uma idéia de justiça. Esta idéia “preside” a formulação dos dispositivos gerais do sistema: bases, procedimentos, sanções. Mas qualquer sistema, ao elaborar-se no plano histórico, passa por opções concretas alusivas a saber-se “qual justiça” será adotada. E aí entram decisões fundamentais ligadas à dominação de classes, aos valores dominantes, e ao contexto em que ocorre aquela elaboração: neste contexto, ao elaborar-se a ordem jurídica, já uma estrutura política básica condicionará o trabalho.

\* \* \*

Mas o **sentir** concernente à justiça (que não exclui em absoluto sua representação como ideal) se refere geralmente às suas realizações como valor, à sua “aplicação” em tal ou qual contexto; ou seja, ao que aparece ou ocorre como **justo**. E no plano do real e do concreto o justo se encontra mais nos atos das pessoas do que no dizer das normas. Especialmente nos atos das pessoas que possuem algum poder, e com isso dispõem de uma opção: ser justo (agir com justiça) implica uma *libertè de choix* necessária à qualificação ética dos atos. Uma norma pode ser considerada justa, ou injusta, se atende – ou não – a critérios considerados válidos com referência à justiça; seu conteúdo pode, ademais, atender a certas concepções sobre o que convém, ou sobre o que “interessa” à sociedade. Mas a atribuição, a uma norma, de um conteúdo justo (ou de um “caráter” justo), ocorre no fundo por analogia. A norma como tal não teve “chance” de optar por outro conteúdo. O justo se acha

nas consciências humanas, no caso a dos autores da norma, ou a de seus aplicadores<sup>12</sup>.

Dificilmente, entretanto (poderá dizer-se), uma sentença justa será emitida com base em norma injusta; mas a frase parte, sempre, da idéia de que na norma está a justiça. A norma pode ser formalmente justa, ou injusta: formalmente, no sentido de que seus enunciados **permitam** ao seu aplicador uma decisão justa ou injusta. O velho problema de ser ou não “jurídica” uma lei injusta deve desdobrar-se neste sentido: ela é jurídica, mas o que ela possui de justo ou injusto é a latente possibilidade de que de sua vigência se retirem soluções justas ou injustas.

Neste passo estamos conscientemente **próximos** da visão egológica, segundo a qual o Direito não se encontra na norma, senão que na conduta. Mas não nos referimos aqui ao Direito como tal, sim à justiça, à ocorrência do valor justiça dentro da experiência jurídica: o valor **depende** das condutas, realiza-se nelas e através delas. Normas e “esquemas interpretativos” servem somente para enquadrar e ajudar a julgar<sup>13</sup>.

Através da história, a construção de uma idéia como a de justiça baseou-se certamente sobre parâmetros e modelos que corresponderam sempre a imagens reais: assim a imagem do homem santo e **reto**, ou a do rei justo e imparcial. O “justo”, em certas referências clássicas, era o sábio, o homem de carne e osso com seu comportamento exemplar.<sup>14</sup>

12 Por dentro de toda a racionalidade peculiar ao saber jurídico, sempre perpassou a imagem de um “sentimento jurídico”, ligado ao sentimento da justiça e à respectiva “consciência”. Um dos escritos clássicos sobre o assunto continua sendo o de Max Rümelin, *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein* (J.C.B. Mohr – P. Siebeck, Tübingen, 1925).

13 Da justiça “em geral e no processo” trata o capítulo 3 do livro de Peter Stein e John Shand, *Legal Values in Western Society* (trad. ital. *I Valori giuridici della civiltà occidentale*, Giuffrè, Milão 1981).

14 Assim Goethe, na segunda parte do *Fausto* (ato I) menciona, pela boca do Chanceler, a justiça como suprema virtude do Imperador, e descreve o tropel de querelantes que buscam a sala de Justiça, já aí diante dos juízes arrogantes e em meio a um tumulto que ameaça “aniquilar o que é justo e razoável”. O poder absoluto – quando existiu – envolvia obviamente um absoluto domínio sobre as pretensões dos súditos, inclusive no caso dos monarcas bizantinos e dos Tzares russos, ficando a justiça a depender (e este era o problema) do humor do governante.

Vale anotar, aliás, que diante de outros “valores jurídicos” a justiça apresenta uma peculiaridade por assim dizer tópica. Quando se alude à liberdade ou à segurança, alude-se a algo que o direito promove ou propicia às pessoas que vivem sob determinado ordenamento. Não se imagina uma liberdade (ou uma segurança) existente “nas normas”, nem mesmo “no Direito”, tomado este como um fenômeno complexo. Elas, a liberdade e a segurança, dependerão do Direito, mas se realizam e se compreendem fora dele. Não “fazem parte” dele. Mas quando se alude à justiça, busque-se sua presença no Direito, isto é, **no** ordenamento: nas normas, nas decisões. Daí, talvez, que através dos tempos tanto se tenha pensado na justiça como valor capital do Direito<sup>15</sup>. Entretanto a presença de justiça **no** Direito – norma, decisão, sentença – se entende sempre, como vimos, como uma extensão da imagem do justo que pode “decorrer” dos efeitos da norma (ou da decisão): justos, concretamente, são os **atos** que elaboram a norma, ou que a aplicam<sup>16</sup>.

Cabe pensar, sob o ponto de vista antropológico, que com o passar dos tempos a evolução cultural – dentro de cada sociedade histórica – transportou a referência ao valor **justiça** para dadas funções, isto é, para “órgãos” específicos. Isto corresponde, de certo modo, ao item da teoria do processo em que os manuais dizem que o Estado em certo momento “avocou” a si (superando a justiça privada) a

- 15 G. del Vecchio, *La justicia* (trad. esp., Centro Editorial de Góngora, Madrid 1925), passim. – Cf. também o reexame histórico de R Stammler, “Die Gerechtigkeit in der Geschichte”, de 1915 (em *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vortraege*, vol. II, ed. Rolf Heise, Charlottenburg 1925). – Ver ainda Luigi Bagolini, *Giustizia e Società*, Ed. Dino, Roma 1983. – Um estudo ainda valioso o da A. Henriques da Silva, *Relação da justiça com a utilidade*, Coimbra, Imp. da Universidade, 1885.
- 16 Falamos, acima, no caráter dos atos das *peçoas*. Teríamos, com este item, de aludir de passagem à relação entre direito e pessoa, um tema que vem sendo desenvolvido na França pelo professor Jean-Marc Trigeaud: veja-se *Persona, ou, la justice au double visage* (Studio Ed. di cultura, Genova, 1990) e mais recentemente *Metaphysique et éthique au fondement du droit* (Ed. Bière, Bordeaux 1995).

função jurisdicional. A tais alturas supõe-se que se tenha formado – dentro de cada sociedade histórica – uma incipiente mas marcante burocracia: um desdobramento dentro do “poder”, se considerarmos a antiqüíssima imagem indoeuropéia das **três funções**, já mencionada.

É possível cogitar que o **Direito** como tal tenha surgido quando os atos pessoais, nos quais se encontra concretamente a justiça, tiveram de ser substituídos por uma organização institucional, encarregada de (ou com “competência” para) ordenar a previsibilidade das sanções (não há direito sem sanções), tornando assim objetiva a medição do **justo**. É possível que a “origem” do direito tenha tido também, correlativamente, relação com o aumento do número de regras aplicáveis, tornando necessário o seu registro e sua compartimentação<sup>17</sup>. Tudo isso, aliás, terá levado à duplicação de acepções do vocábulo **justiça**, que passou a significar duas coisas: o valor, qualificativo de atos ou intenções, e o próprio sistema de órgãos encarregado de aplicar as regras, dirimir querelas, julgar e decidir<sup>18</sup>.

## 6. Valores e “princípios”

A presença dos valores dentro da chamada experiência jurídica correspondente por suposto às implicações éticas do Direito. Por outro lado a alusão aos valores, ou sua consideração como um componente do que – ao menos em sentido amplo – se entende por “Direito”, leva ao

- 17 Daí a possível conexão da origem do direito com a contabilidade mais antiga e com os registros administrativos praticados na Babilônia e em Creta. Sobre o assunto nosso *Ordem e Hermenêutica* págs. 32, 181 e 276.
- 18 Sobre a justiça “no Estado”, isto é, a função jurisdicional, vale consultar os estudos reunidos no volume *La justice*, sob os auspícios do Centro de Ciências Políticas do Instituto de Estudos Jurídicos de Nice (PUF, Paris, 1961). – Em torno do tema giram indagações histórico-políticas e filosófico-sociais concernentes ao advento da burocracia moderna em conexão com a racionalidade e com a ordem constitucional. Sobre o tema um marxista não muito ortodoxo, Umberto Cerroni, escreveu alguns parágrafos relevantes em *La libertad de los modernos* (trad. esp., Ed. M. Roca, Barcelona, 1972, pág. 219 e segs.).

problema colocado pelo uso da expressão **direito positivo**. Durante certo tempo os compêndios aludiram às “divisões” (ou algo parecido) do Direito, e estas seriam o natural e o positivo, o público e o privado, o objetivo e o subjetivo. Na verdade estes pares de conceitos, mesmo válidos, são inteiramente diferentes uns dos outros: a referência a um direito público e outro privado se funda sobre uma distinção bastante diversa da que apóia a referência ao direito natural e ao positivo. O termo “positivo”, usado a partir de Abelardo<sup>19</sup>, alude ao *positum*, indicando com isto um direito posto, colocada ou “elaborado” por determinadas autoridades; o “natural” não seria posto, nem imposto: não proviria de autoridades humanas.

Durante certas épocas a menção a um direito natural não criou problemas metodológicos. Assim em Roma o conceito de *jus naturale*, que veio acrescentar-se ao *jus civile* e ao *jus gentium*; assim na Idade Média com a alusão de São Tomás à *lex naturalis*, paralelamente à *aeterna* e à *humana*. Com o positivismo contemporâneo, o radical repúdio à metafísica levou à rejeição da idéia de um direito não-positivo. Do positivismo sociológico ou inominado (como o de Bergbohm) passou-se, já no século vinte, ao sofisticado positivismo dos normativistas, embasado sobretudo no neo-positivismo e na fenomenologia.

Em geral o positivismo jurídico mantém o conceito de “direito positivo” vindo da linguagem jurídica tradicional, mesmo quando não o discute. Entretanto esse conceito permanece mal definido. Dizer apenas que o direito natural não existe e que o direito consta de normas, não define a positividade do direito.

19 Cf. Pietro Piovani, *Linee di una filosofia del diritto* (3ª ed, Padua, Cedam 1968), cap. X, pág. 139. Piovani remete o termo a Abelardo e aos canonistas franceses e italianos dos séculos XII e XIII, com fonte mais distante (embora questionável) em Calcídio, no século IV, que cita Platão.

Por outro lado as posições jusnaturalistas (e como elas as que, não o sendo propriamente, vêm no Direito a presença dos valores) não dão ao direito **positivo** uma definição suficiente. Encontram-se referências ao conceito como sinônimo de “conjunto de normas jurídicas”, outras o apresentam como equivalente a “direito estatal”, ou por outra aquele que o Estado produz e aplica. Pairam dúvidas sobre os contornos e os limites da “positividade”: pergunta-se se além da **lei**, como norma formulada por órgãos estatais, o direito **positivo** não incluiria coisas como “princípios”, **standards** e outras. Mesmo não mencionando expressamente valores, a indagação questiona a existência, dentro da norma legal, e além de sua forma, de conteúdos onde se enxergam traços axiológicos<sup>20</sup>.

É óbvio que para o positivismo todo direito é “direito positivo”. A preocupação com definir o direito positivo é, em princípio, própria das teorias não-positivas. Crer em um direito natural significa reconhecer o direito positivo como vigente e aplicável, mas não esgotador de toda a noção de **direito**. Crer na existência de valores, e na presença de valores dentro do “mundo jurídico”, leva a algo distinto: não apenas (ou **não exatamente**) se recusa a idéia de estar na positividade da norma **todo o direito**, mas busca-se na própria positividade algo mais do que a expressão normativa. Este é um sério problema, porque no jusnaturalismo clássico se sobrepunha tranqüilamente o direito natural ao positivo; enquanto que a moderna crença em valores, mesmo sem “sobrepôr” um outro direito ao positivo, tenta encontrar componentes axiológicos dentro deste direito.

20 Vale mencionar e recomendar, antes de tudo, o livro notável e sempre válido de Josef Esser, *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. E. V. Fiol, Ed. Bosch, Barcelona 1961). Uma interessante recensão desse livro, por M. Pedamon, nos *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, Paris), n. 6, 1961, pág. 250 e segs.

O mesmo cabe dizer-se com respeito à reflexão sobre **princípios**, enfaticamente chamados “gerais”. Eles se entendem sempre em correlação com o direito positivo; a questão está em saber se fazem parte deste, como um componente por assim dizer não-formal, ou se apenas são “implicados” pelo direito positivo.

Às vezes a doutrina alude aos princípios como fundamento da norma: o legislador toma-os, no caso, por ponto de partida. Outras vezes, como algo que precisa ser retirado (“desentranhado”) da norma, através de uma exegese. Em ambos os casos supõe-se um trabalho interpretativo: seja remetendo a significação da norma a um fundamento, seja tentando formular uma idéia geral latente ou “contida” na norma. Uma hermenêutica abrangente poderia juntar estas duas coisas, como pontos ou momentos de algo circular; mas de qualquer sorte a natureza dos princípios fica por definir. E portanto, também, sua relação com o chamado “direito positivo”.

Concerne anotar, além de tudo, que a noção de princípio se aplica extensivamente a todas as ordens institucionais, do mesmo modo que a noção de valor. Um sistema político ou econômico se relaciona com princípios: o da liberdade, o majoritário, o da utilidade, o da igualdade. Tais princípios revelam valores e se realizam mediante programas e decisões. Registre-se, todavia, que a implantação dos programas e a formulação das decisões pressupõe dispositivos jurídicos: pelo nível da ordenação genérica, os sistemas (econômico, jurídico, político) se intercomunicam.

## DESEMPREGO E VIOLÊNCIA\*

Nildo Nery dos Santos

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco e Diretor-Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

### SUMÁRIO

1. A injustiça social. 2. Teorias. 3. O horror do desemprego. Conjuntura. 4. A proteção ao trabalho como direito fundamental. 5. Considerações finais. 6. Conclusão.

As pesquisas revelam que o “desemprego” e a “violência” são as duas maiores preocupações do mundo contemporâneo.

A relação “desemprego-violência” é bastante estreita. É real.

É certo que a violência é um fenômeno profundamente complexo, assumindo múltiplos papéis, com inúmeras causas e se encontra submergida em vários domínios e envolvendo uma grande variedade de conceitos como agressividade, brutalidade, crueldade, etc.

Para analisar a problemática da violência não basta uma observação superficial. As causas desse mal endêmico são na verdade profundas, tornando-se necessária uma investigação interdisciplinar. É imprescindível a presença de todas as ciências que têm, direta ou indiretamente, relação com a conduta humana, seja da psicologia, psiquiatria, antropologia, sociologia, política, teologia,

\* Comunicação do Des. Nildo Nery dos Santos no “I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário”, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça.

moral, pedagogia, neurofisiologia, tudo ao lado das ciências jurídicas.

As causas da violência em síntese compreendem duas grandes ordens. Fatores endógenos e fatores exógenos. Os fatores endógenos estão ligados intrinsecamente ao indivíduo como ser biológico e psíquico. Hereditariedade, afecções endócrinas, epilepsia e a chamada aberração cromossômica são os fatores biológicos do tipo inato. Enquanto o traumatismo obstétrico e cranial, tumor cerebral, hipertrofia do timo são fatores endógenos do tipo adquirido, as neuroses, psicoses, oligofrenias e personalidades anormais integram o quadro dos fatores psicológicos.

Já os fatores exógenos, como é sabido, correspondem aos estímulos próprios do meio social e podem ser subdivididos em fatores do meio obrigatório e fatores voluntários.

É certo que alguns fatores exógenos ao relacionarem-se com um indivíduo, passam a integrar sua constituição orgânica, chegando mesmo a ser transmissíveis por herança. Os tóxicos e o álcool são exemplos de fatores mistos.

A instabilidade familiar, os problemas relativos à educação, os efeitos nocivos dos meios de comunicação social, a desorganização social com a coexistência de normas contraditórias, a mudança social rápida, gerando inadequações entre atitudes que, embora sendo morais, estão fundamentadas em valores diferentes.

A verdade é que a frustração e o ressentimento, aliados à insegurança, pelas próprias condições de vida perante a organização da sociedade atual geram a agressividade ou violência, principalmente em face das pressões ou fatores exógenos advindos da própria sociedade.

## 1. A injustiça social

A injustiça social emerge como o germe nº 1 da violência.

Aqueles que a sociedade não oferece oportunidades para galgar os níveis de bem-estar desejados serão pressionados para o cometimento da conduta violenta. A tensão entre a “estrutura cultural” e a “estrutura social” força o indivíduo à rebelião.

No âmbito da Criminologia são várias as teorias que por caminhos diferentes buscam demonstrar a importância do fator social na conduta desviante. Aliás mesmo antes do surgimento da Criminologia, insignes pensadores alertaram para o problema social como fator determinante do crime violento tais como:

Platão (427-347 a.C.) em seu livro as “Leis” proclama: “quando em alguma comunidade não há miséria nem grande riqueza é provável que prevaleça o tipo mais alto de moralidade, porque não haverá presunção de injustiça, nem atos inspirados na inveja e no ódio”.

Aristóteles em sua obra “Política” adverte: “a miséria engendra rebelião e delito”.

Em Roma os epicuristas sustentavam que “a pobreza conduzia ao crime”.

Na Idade Média, Santo Tomás de Aquino enfatizava o fator econômico na gênese do crime e justificava o furto famélico.

O humanista Erasmo de Rotterdam afirmava que o delito se devia principalmente à miséria.

Ninguém, porém, superou na análise da injustiça social, como fator criminógeno, Thomas Moro que, no seu livro “Utopia”, publicado em 1516, denuncia o desemprego em massa que ocorria na Inglaterra àquela época. É que os agricultores foram desalojados dos campos para dar lugar ao pasto às ovelhas que forneciam a matéria prima para a produção de lã. Os camponeses ao chegarem

aos centros urbanos à procura de trabalho dificilmente encontravam lugar para o emprego de sua força de trabalho, uma pela inaptidão para o trabalho artesanal, outra pela própria legislação das corporações que defendia os interesses dos artesãos e o número de vagas era mínimo para absorver a mão-de-obra ociosa, expulsa dos campos. As cidades encheram-se de desocupados à procura de trabalho. Como tais homens não estavam sós, pois tinham mulher e filhos, aumentava a dificuldade de sobrevivência. O assalto, o roubo e a violação dos preceitos legais, protetores da propriedade privada começaram a ocorrer e a perturbar a população dos principais centros urbanos, entre os quais estava Londres.

A solução encontrada pelo rei da Inglaterra, Henrique VIII, foi mandar executar todo aquele que não estivesse trabalhando, mas esmolando ou ameaçando o equilíbrio da sociedade, como possibilidade de vir a roubar. Assim foram executadas 72.000 em 25 anos, quando a população da Inglaterra, à época, era de 4 milhões. Sustentando então Thomas Moro que “em um país, quando há miséria do povo e observa-se riqueza e ostentação nas classes superiores, isto origina uma incidência maior na criminalidade, devido a um relaxamento maior da ordem moral, decorrente do irritante e desmoralizador luxo do rico”.

Com o surgimento da Criminologia proliferaram as teorias mostrando que os fatores econômicos e sociais, eram responsáveis pelo aumento da criminalidade violenta.

Inicialmente foi Enrico Ferri que no fim do século passado, proclamava o lema: “Menos Justiça Penal mais Justiça Social”. E apresentava a chamada “Lei da Saturação Criminal” onde demonstrava convictamente que “em determinadas condições sociais serão produzidos determinados delitos, nem um a mais, nem um a menos”.

Na mesma época, a Escola de Lion, tendo à frente Gabriel Tarde e Lacassagne sustentava que, “o criminoso é uma pobre vítima da ordem econômica capitalista, cuja organização precária é que o leva à prática do ato tido como delituoso, sendo a sociedade a única responsável...”

Prins, Baer, Turati, Battaglia, Loria foram alguns dos criminólogos que discorreram sobre as influências sociais e econômicas na gênese da conduta criminosa violenta, além dos renomados sociólogos como Durkheim e Merton, criadores da doutrina da “anomia”.

## 2. Teorias

Independentemente de suas distintas premissas filosóficas e metodológicas, as teorias sobre a criminalidade violenta inclinaram-se por explicar a sua etiologia na direção sociológica.

Importante foi, sem dúvida, no desenvolvimento dessas teorias a Escola de Chicago que analisou o desenvolvimento urbano, a civilização industrial e, correlativamente, a morfologia da criminalidade nesse novo meio atenta ao impacto da mudança social, tais como: industrialização, imigração, conflitos culturais, etc.

Shaw, Burgas, Park e outros criadores da teoria “ecológica” que mostram ser o crime produto da “desorganização” própria da grande cidade, na qual se “debilita” o controle social e se deterioram as relações humanas, propagando-se um clima de violência e corrupção.

“Teoria da Associação Diferencial” de Sutherland, a do “Conflito de Culturas de Sellin”, a das “Subculturas Criminais” têm por características os intensos contatos entre os delinquentes de diversos grupos etários que estimulam as atividades anti-sociais dos mais moços, principalmente os desempregados que abandonam as

regras normais da vida social e mergulham no mundo dos tóxicos e da violência.

Por sua vez De Greef estudando a gênese do crime estabeleceu dois mecanismos essenciais, o sentimento da injustiça sofrida e a alteração dos laços do indivíduo com o seu ambiente. Parece-me evidente, que um ser humano desempregado, por mais que se esforce, não obtendo uma ocupação lícita, irá fatalmente romper seus vínculos com a sociedade, partindo conseqüentemente para o protesto viril, sendo em outros termos, também a explicação de Alfredo Adler, para quem o "trabalho" é uma das três grandes tarefas de vida.

O certo é que o desemprego em alta escala provoca a desintegração da sociedade, causadora de uma insegurança que se manifesta de diferentes maneiras: aumento de taxas de suicídio, de roubos, de estupros, de homicídios, enfim as diversas formas da contestação

A violência é a resposta às frustrações decorrentes da miséria, da humilhação e das privações dos direitos elementares, seqüelas do desemprego.

Israel Drapkin, Manoel Lopez-Rey, Antonio Storr, Fernando Montovani, Ferracutti, autor de "La Sottocultura della Violenza", Denis Szabo, J. Dollard com a sua "Frustration and Agression" e principalmente Jean Pinantel, autor da "Société Criminogène" nos mostram a inafastável relação entre injustiça social e violência criminosa. Enfatizando que as características predominantes materiais da sociedade atual fazem com que o homem não somente seja potencialmente criminoso, como potencialmente perigoso e muito mais agressivo em virtude de seu contínuo desajustamento social. Quanto mais o homem for socialmente desajustado, mais violento ou agressivo tenderá a ser.

### 3. O horror do desemprego

Há quatro tipos característicos de elementos causadores do desemprego: o de inabilitação pessoal, o de estação, o conjuntural ou cíclico e o estrutural, sendo de se distinguir quatro motivos principais em relação ao desemprego por inabilitação pessoal: idade, doença, incapacidade física acidental e vocacional. O chamado desemprego de "estação" ocorre na entressafra. Aqui temos a vinculação direta da relação de emprego com os períodos de produção, principalmente agrícola e pastoral. O chamado desemprego conjuntural é decorrente de fenômenos como crises econômicas ou algo de anormal que está ocorrendo num determinado momento, acreditando-se que, passada a anormalidade, o nível de emprego também voltará ao normal. Um período prolongado de seca, ou de chuva, pode causar desemprego conjuntural no setor agropecuário, mas uma vez terminada a seca ou a chuva, o nível de emprego na agropecuária geralmente volta ao normal. A recessão econômica fez diminuir a atividade industrial, havendo conseqüentemente desemprego, porém terminado o ciclo recessivo, as indústrias voltam a contratar e o emprego volta ao seu nível normal. O mesmo, entretanto, não acontece com o desemprego estrutural ou tecnológico. Este surge das alterações das condições técnicas da produção, das alterações que têm natureza permanente e decorrem dos processos científicos e tecnológicos. A informatização dos processos produtivos industriais e dos setores de serviços e sua conseqüente automação (industrial, bancária, dos escritórios, etc) é, sem dúvida, uma mudança definitiva na forma de produzir bens e prestar serviços e o que antes exigia o trabalho de muitas pessoas agora vem sendo feito por alguns poucos computadores, em muito menos tempo.

Muitos tipógrafos, por exemplo, com a editoração eletrônica ficaram desempregados ou mudaram de ramo.

O certo é que com automação das indústrias e dos escritórios muitos vêm perdendo seus empregos. A evolução tecnológica está indo tão rápida que não permite a adaptação do tecido social e dificulta a reciclagem. Os países desenvolvidos onde havia emprego permanente e bem pago, passaram a escassear. A situação é cada vez mais preocupante. Na União Européia já existem mais de 80 milhões de desempregados. E a consequência imediata é a instabilidade dos governos, a exemplo do que ocorreu recentemente na Inglaterra e na França.

A crescente escassez de trabalho é o grande desafio dos novos tempos; é a questão social mais séria que a humanidade enfrentará no 3º milênio.

A Organização Internacional do Trabalho divulgou a taxa média de desemprego na França que vem de 1978 para cá em constante crescimento, sendo de 8,5% em 1978 e de 10,8% em 1993, já em relação à Alemanha o pulo foi de 6,8% para 8,2%; na Itália de 9,9% para 13,4%, no Reino Unido de 8,9% para 10,4%.

A verdade é que uma boa parte da humanidade em decorrência do avanço do desemprego estrutural encontra-se ante a perspectiva de uma vida contemplativa, distante dos postos de trabalho. É o preço que se paga pela chamada tecnologia de ponta e pela globalização. Estudo recente da O.I.T. estimou em 1 bilhão o número de desempregados em todo mundo. Ou seja, quase 1/3 da força de trabalho universal.

Na Alemanha no início do ano 70 abrigava quase 50% da população economicamente ativa, atualmente não emprega mais de 35%. O certo é que antes da explosão dos computadores os países chamados desenvolvidos atraíam multidões de operários para suas indústrias, agora tratam de expulsá-los, utilizando novas leis de imigração e até mesmo com movimentos neonazistas.

O fechamento de fábricas como a Renault na Bélgica e a expressiva redução da mão-de-obra nos países membros das Comunidades Européias têm provocado graves tensões. O novo capitalismo globalizado, com suas indústrias, cada vez mais automatizadas dispensam em massa. Os empregados da classe média também estão sendo devorados pela informatização; é o caso dos bancários.

#### 4. Conjuntura

A análise da atualidade econômica brasileira que tem sido objeto de artigos e reportagens na revista "Conjuntura", editada pela Fundação Getúlio Vargas nos deixa apreensivos.

Os índices divulgados pelo IBGE parecem, às vezes contraditórios. Por exemplo os índices apresentados na revista "Conjuntura Econômica" de novembro de 1996, revelam que a ocupação industrial cresceu entre junho e agosto tanto em Salvador (de 89 mil para 95 mil pessoas) como em Recife (de 118 para 119 mil) ao mesmo tempo em que registra um forte aumento de desemprego industrial no período.

Os dados relativos ao comércio varejista publicados na revista de maio (1997) dão um certo alento, porém há de se atentar que o aumento do emprego o setor decorre de contratação sazonal.

A verdade é que se alguns índices apresentados fazem erguer a esperança em dias melhores, outros dados como as estatísticas semanais da FIESP parecem sinalizar uma situação de desemprego na indústria paulista quase catastrófica, com a eliminação de mais e mais postos de trabalho. O nível do emprego geral na indústria é atualmente de 30% inferior ao nível atingido em 1987.

A recessão ocorrida sobretudo em 1990 e os ajustes estruturais do emprego provocados pelo violento processo

de modernização e de abertura comercial explicam o violento corte de postos ocorridos principalmente nos anos de 1991/1992.

É de se registrar que alguns setores industriais como o de vestuário, calçados e a extrativa mineral que vem apresentando nos últimos anos forte queda de ocupação (até de 11,9%). Mesmo assim obtiveram ganhos da produtividade.

Houve é certo alguns setores que foram beneficiados com a implantação do Plano Real, assim é que os segmentos de perfumaria e bebidas ampliaram significativamente o seu nível de emprego.

Transcrevo as taxas de desemprego relativas ao 1º trimestre de cada ano a partir de 1987, tendo como fonte a Dieese.

#### Taxas de desemprego no 1º trimestre de cada ano – em %

Anos	Total	Aberto	Oculto
1985	13,0	8,0	5,0
1986	10,6	6,5	4,2
1987	7,8	5,0	2,8
1988	10,2	6,9	3,3
1989	9,7	7,2	2,5
1990	8,1	5,9	2,2
1991	11,1	7,4	3,7
1992	13,0	8,3	4,7
1993	15,0	8,9	6,1
1994	14,2	8,8	5,4
1995	12,7	8,7	4,1
1996	14,0	9,2	4,7

Ninguém pode se iludir sobre a possibilidade do grave quadro da realidade social brasileira ser modificada a curto prazo com reformas: administrativa, agrária, política, judiciária, etc. Mas, sem dúvida, algumas dessas reformas são essenciais para estancar a progressão de injustiça social

#### 5. A proteção ao trabalho como direito fundamental

Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão quando os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, isto em 2 de outubro de 1789, que o direito ao emprego passou a ser reconhecido a todos os cidadãos, é o que estabelece o inciso VI da famosa Declaração oriunda da Revolução Francesa que expressamente reconhecia que o menosprezo aos Direitos Humanos, era causa dos males públicos e da corrupção dos governos.

Por sua vez, a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, reafirma “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres e das nações grandes e pequenas a criar condições emanadas dos trabalhos e de outras fontes de direito internacional se possam manter, a promover o progresso social e a elevar o nível de vida dentro de uma compreensão mais ampla de liberdade”.

Mais enfática é a Carta da Organização dos Estados Americanos que na IX Conferência Internacional Americana que proclama no art. 29, “b” “o trabalho como um direito e um dever social, não será considerado motivo de comércio; exige respeito pela liberdade de associação para a dignidade de quem o presta e deve exercer-se em condições de assegurarem a vida, a saúde e um nível econômico decoroso, tanto durante os anos de trabalho como na velhice ou quando qualquer circunstância prive o homem da possibilidade de trabalhar”.

Recentemente em Copenhagem em 12 de março de 1995 eram proclamados 10 pontos a título de compromisso da América Latina para o desenvolvimento social e no 3º ponto compromete-se em “promover o pleno emprego como prioridade básica das políticas econômicas e sociais, e possibilitar a todos homens e mulheres obterem meios de subsistência seguros e sustentáveis através de empregos e trabalhos produtivos livremente escolhidos”.

O certo que praticamente todas as constituições consignam prescrições protetivas ao trabalho.

Os artigos 6º ao 11º da Constituição Federal de 1988 estabelecem os pressupostos básicos dos “Direitos Sociais”, inclusive o “trabalho” que está exaustivamente disciplinado no art. 7º.

Em relação aos outros países, registro, em ordem alfabética, os artigos que garantem o direito ao trabalho.

Argentina – art. 14 – “O trabalho em suas diversas formas gozará da proteção das leis...”

Áustria – art. 18 – “Cada um será livre de escolher sua profissão...”

Chile – art. 16 – “Estabelece a liberdade de trabalho e sua proteção.”

Coréia do Sul – art. 32 – “Todos os cidadãos terão direito a uma atividade remunerada.. O Estado empenhar-se-á na promoção do pleno emprego para todos os trabalhadores e evitará esforços para garantir salários ideais...”

Costa Rica – art. 56 – “O trabalho é um direito do indivíduo e uma obrigação com a sociedade...”

Cuba – art. 45 – “O trabalho na sociedade socialista é um direito, um dever e um motivo de honra para cada cidadão...”

Dinamarca – art. 75 – “No interesse do bem comum devem ser envidados esforços para que todo cidadão apto para o trabalho tenha a possibilidade de trabalhar...”

El Salvador – art. 37 – “O trabalho é uma função social, goza de proteção do estado...”

Equador – art.31 – “O trabalho é um direito e um dever social, goza da proteção do Estado...”

Espanha – art. 35 – “Todos os espanhóis tem o dever de trabalhar e o direito ao trabalho...”

França – art. 6º – “Todos os cidadãos, sendo iguais diante da Lei, tem igual direito a todas as dignidades, cargos, empregos públicos...”

Irã – art. 28 – “... o Governo tem a obrigação de criar condições iguais de acesso ao emprego a todos os indivíduos...”

Itália – art. 35 – “A República protege o trabalho em todas suas formas e aplicações...”

Japão – art. 27 – “Todos terão o direito e a obrigação de trabalhar”.

México – art. 25 – “Corresponde ao Estado reger o desenvolvimento nacional para... fomento de crescimento econômico e o emprego...”

Nicarágua – art. 36 – “Os nicaraguenses tem o direito ao trabalho...”

Paraguai – art. 105 – “O trabalho será objeto de proteção especial...”

Polônia – art. 68 – “Os cidadãos da República Popular da Polônia tem direito ao trabalho, isto é, o emprego remunerado segundo a quantidade e qualidade do trabalho realizado.”

Portugal – art. 47 – “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”.

Uruguai – art. 46 – “O Estado dará asilo aos indigentes ou carentes de recursos suficientes... aos incapacitados para o trabalho...”

Venezuela – art. 84 – “Todos tem direito ao trabalho.

O Estado procurará que toda pessoa apta possa obter colocação que proporcione uma subsistência digna e decorosa”.

Não é assim por falta de dispositivos constitucionais que o desemprego assume proporções catastróficas.

## 6. Considerações finais

1. Em muitas cidades da União Européia os sinais do desemprego começam a chegar às ruas. Os habitantes de Paris, Roma, Milão, Hamburgo, estão tendo que se acostumar com cenas que há muito tornaram-se rotineiras para os brasileiros – os mendigos espalhados pelas avenidas e praças. É a crise do desemprego, transformando ex-trabalhadores em “sem-teto”.

Para a escritora francesa Viviane Forrester, autora do livro “O Horror Econômico”, nos moldes colocados pelo liberalismo atual o resultado final dos excluídos do emprego será pura e simplesmente a eliminação, alerta a referida jornalista que “as manifestações de intolerância aos imigrantes na Europa e a indiferença da opinião pública do Continente em relação aos seus excluídos são indicativos de que o processo caminha para a eliminação dos excluídos”.

A meta dos ultradireitistas, dos neonazistas, é indisfarçavelmente a de exterminar os excluídos.

2. No Brasil, ombro a ombro, com os desempregados outras vítimas da injustiça social são impelidas à violência, refiro-me aos estimadamente sessenta milhões de trabalhadores brasileiros que pelos ínfimos salários que percebem são obrigados a ampliar suas jornadas de trabalho com horas extras, porém insuficientes para suprir as necessidades básicas. Eles e seus familiares são constrangidos a uma subalimentação crônica, a moradias construídas em terrenos alagados, mangues ou morros sujeitos a tragédias pelas enchentes ou desmoronamentos;

os filhos sem escola e alvos preferidos das esquistossomoses, ascaridíases, hanseníases, tuberculoses e muitas outras doenças resultantes das precárias condições higiênicas, sanitárias, alimentares, além da angústia, do medo de que ocorra o pior: o desemprego e, assim, levados à mendicância e à exclusão.

## 7. Conclusão

O homem ao permanecer cronicamente desempregado sente-se marginalizado perde a auto-estima e da estigmatização para a criminalidade violenta, a estrada é muito curta, extremamente curta.

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO)

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza  
Professor de Direito Constitucional da  
Faculdade de Direito "Milton Campos",  
Assessor Jurídico do TJMG e Diretor-  
Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os tipos e os sistemas de controle de constitucionalidade. 2.1- Quanto ao momento: a) Preventivo; b) Repressivo. 2.2- Quanto ao órgão controlador: a) Controle Político; b) Controle Judicial; c) Controle Misto. 3. O Controle de Constitucionalidade na França. 4. O controle da Constitucionalidade em Portugal. 5. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

## 1. Introdução

O grande virginiano John Marshall, que foi o "*Chief-Justice*", isto é, o Presidente da Suprema Corte Norte-Americana, 1801 a 1835, considerado o maior juiz americano de todos os tempos, assim afirmou, em seu voto, no famoso Caso "Marbury x Madison", em 1803:

"Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como esses, é reformável ao sabor do Legislativo. Se a primeira proposição; e verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as cláusulas escritas na Constituição são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável".

Evidente que as firmes palavras do grande magistrado são uma clara defesa do princípio da *supremacia constitucional*, que, segundo *Pinto Ferreira*, é o "alicerce em que se assenta o edifício do moderno direito político" e hoje adotado em todas as democracias, republicanas ou monárquicas.

Tal princípio surgiu com o *Constitucionalismo*, movimento político-jurídico advindo da promulgação da primeira constituição orgânica do mundo, a Constituição dos Estados Unidos da América, em 17 de setembro de 1787, na Convenção de Filadélfia. Sintética e objetiva, a Constituição Americana, hoje mais que bicentenária, originou-se, em grande parte, das doutrinas de *John Locke*, *Jean-Jacques Rousseau*, e do *Barão de Montesquieu*, com os aprimoramentos provindos do "System of Checks and Balances", de *Alexander Hamilton*, *James Madison* e *John Jay*.

Destinada a vigorar para a geração da época e para os seus descendentes, segundo se declara em seu preâmbulo, ela foi considerada logo de início como "the highest law or the land", o direito supremo do país, acima de todas as leis e tratados federais e de todas as constituições e leis estaduais.

Para que prevaleça essa necessária *superioridade* da norma constitucional no "ranking" das normas estatais, mister se faça uma contínua verificação da conformidade das normas infraconstitucionais com os ditames constitucionais. Essa verificação é o *Controle de Constitucionalidade*, uma das mais sérias garantias constitucionais.

Esse controle, ou *fiscalização*, como chamam os portugueses, busca detectar a possível *inconstitucionalidade* de um ato jurídico, principalmente da lei.

*Nagib Slaibi Dilho* afirma com muita propriedade:

“O controle de constitucionalidade é, no sentido amplo, mera forma de verificação da compatibilidade dos atos infraconstitucionais (lei, ato administrativo, normativo ou concreto, sentença, até mesmo um contrato entre pessoas privadas, uma manifestação de vontade unilateral etc.) com a Constituição, que é o ato jurídico maior, do qual todos os outros derivam.

No sentido estrito, o controle de constitucionalidade refere-se tão-somente à perquirição da consonância entre uma lei ou ato normativo (normas genéricas e abstratas) perante o texto constitucional.”

Oportuno se faz aqui, antes do mais, conceituar, objetivamente, o que seja *inconstitucionalidade* e, para tal, recorreremos à lição do saudoso professor *Marcello Caetano*:

“A inconstitucionalidade é o vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas”.

Na definição do notável mestre português, destacamos os três tipos de inconstitucionalidade:

- a) a inconstitucionalidade *orgânica*, que acontece, por exemplo, quando a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação legisla sobre direito penal, matéria que é da competência privativa do Congresso Nacional (é o vício da *incompetência*).
- b) a inconstitucionalidade *formal*, que acontece, por exemplo, se uma emenda constitucional for aprovada pelo voto da *maioria absoluta* dos membros das duas Casas do Congresso, em um só

turno, quando a Constituição determina que as emendas devam ser aprovadas pelo “quorum” de três quintos nas duas Câmaras, em dois turnos (é o vício da *desobediência* ao processo).

- c) a inconstitucionalidade *material*, que acontece, por exemplo, se uma lei penal contiver preceitos retroativos que prejudiquem o réu, quando a Constituição, no elenco dos direitos individuais e coletivos, prescreve claramente que a lei penal só poderá retroagir se for para beneficiar o réu (é o vício da *ofensa ao próprio conteúdo* da Constituição).

A esses três vícios apontados por *Marcelo Caetano*, todos eles caracterizadores da *inconstitucionalidade por ação*, some-se hoje a *inconstitucionalidade por omissão* que, segundo *José Afonso da Silva*, “verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.

*Jorge Miranda*, o grande constitucionalista português, sintetiza:

“Ocorre inconstitucionalidade se presente a relação entre a Constituição e o comportamento que não lhe é conforme, que com ela é incompatível ou que não cabe no seu sentido”.

## 2. Os tipos e os sistemas de controle de constitucionalidade

Passaremos a tratar agora dos tipos e sistemas de controle de constitucionalidade encontrados no mundo jurídico e, depois, focalizaremos com um pouco mais de detalhe, os sistemas adotados na França, Brasil e Portugal, exemplos que são dos três distintos sistemas.

## 2.1- Quanto ao momento

Didaticamente, podemos dizer que a primeira distinção se faz quanto ao *momento* do controle de constitucionalidade:

- a) Será do tipo *preventivo*, se for feito “*a priori*”, isto é, antes da concretização do ato jurídico, particularmente do ato legislativo. Tal tipo de controle pode ser realizado da maneira mais ampla possível. As assessorias jurídicas dos órgãos governamentais, as comissões parlamentares (como as “Comissões de Constituição e Justiça”, do Congresso Nacional Brasileiro) e os Chefes de Executivo, através do *veto*, podem e devem fazê-lo, sem que haja uma provocação específica para isso.

Exemplo claro desse controle preventivo está no art. 66, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.88, “*verbis*”:

“Art. 66...

§ 1º – Se o Presidente da República considerar o projeto (de lei), no todo ou em parte, *inconstitucional* ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto” (grifo nosso).

E, ainda preventivamente, poderá ser realizado por *órgão próprio*, mediante solicitação ou requerimento, como acontece em Portugal e França.

Em seu artigo 278, nº 1, a Constituição Portuguesa estabelece que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tra-

tado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação e de legislação que lhe tenha sido enviada para promulgação. E o artigo 279, nº 1, é taxativo: se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, a norma impugnada, constante do tratado ou da legislação, deverá ser *vetada*.

- b) Será do tipo *repressivo* (ou *sucessivo*, como se denomina em Portugal), quando feito “*a posteriori*”, ou seja, após a concretização do ato legislativo. No caso da lei, após sua promulgação. Este tipo de controle normalmente se faz por um órgão específico, mediante provocação, na forma da própria Lei Magna.

## 2.2- Quanto ao órgão controlador

A segunda distinção entre os sistemas de controle de constitucionalidade tem por base exatamente o *órgão controlador* ou *fiscalizador*. Em nossas aulas de Direito Constitucional Geral na Faculdade de Direito “Milton Campos”, costumamos explicar aos nossos alunos que *três* são os sistemas de controle de constitucionalidade quanto ao órgão controlador. Justamente por sua “simplicidade”, repetimos a explicação nesta palestra, com o devido respeito pelo alto gabarito dos que me ouvem nesta noite:

- a) *Controle político*, quando feito por órgãos políticos comuns ou especiais, *sem* a participação do *Poder Judiciário*. Como exemplos, podemos citar o Senado Conservador, que Napoleão Bonaparte introduziu na Constituição Francesa do Ano VIII (1799), com a incumbência de “manter ou anular todos os atos que lhe são submetidos como inconstitucionais” (*Article 21: “Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par le tribunal ou par le*

*Gouvernement*”). Ainda na França, o Comitê Constitucional, da Constituição de 1946, que se compunha do Presidente da República, do Presidente do Senado, do Presidente da Assembléia Nacional e de membros eleitos por essas duas Casas Legislativas (*Article 91: “Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l’Assemblée Nationale supposent une révision de la Constitution”*). E o atual Conselho Constitucional da Constituição Francesa de 1958, que é composto de nove membros: três nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado. Uma de suas missões é “*veiller à la conformité des lois à la Constitution*”.

Na ex-URSS, que também adotava o controle político, pode-se entender, pelos artigos 121, nº 4, e 164 da antiga Constituição Soviética, que o controle de constitucionalidade cabia ao Presidium do Soviete Supremo, por provocação de Procurador Geral.

Ainda podemos dar, como exemplo, agora já também histórico, Portugal, nos termos *originais* da Constituição de 1976, visto que, embora permitindo o controle difuso por parte do Judiciário, concentrava a apreciação da inconstitucionalidade no Conselho da Revolução, com prévio *parecer* da Comissão Constitucional, ambos órgãos extrajudiciais, sistema político que mereceu severas críticas de juristas como *Marcello Caetano* e *Jorge Miranda*.

Dizia o primeiro, o saudoso mestre que faleceu no Brasil, referindo-se ao dito Conselho:

“Trata-se de um enxerto claramente ditatorial numa Constituição que se pretende democrática”.

Protestava o segundo, grande catedrático de Lisboa, que honra sempre o Brasil com suas periódicas visitas e conferências:

“Se um órgão político, um órgão que julgasse segundo critérios de conveniência e de oportunidade, e certamente sem a formação jurídica – como é o caso do Conselho da Revolução ou semelhante – viesse a decidir se uma lei era constitucional ou inconstitucional, amanhã correríamos o grave perigo de direitos fundamentais serem gravemente transgredidos por leis ordinárias, muitas delas, aliás, feitas pelo próprio Conselho da Revolução, que é também órgão legislativo”.

b) *Controle Judicial*, quando o controle, nomeadamente o repressivo, é feito somente pelos órgãos do Poder Judiciário.

O “judicial control” ou “judicial review” foi criado pelos norte-americanos, se bem que não em sua Constituição, mas na própria prática forense, com o famoso caso “*Marbury x Madison*”, em 1803, já citado no início deste trabalho.

Defendendo abertamente a supremacia constitucional, o célebre Juiz *Marshall*, decidia:

“Cabendo ao Juiz aplicar as leis na solução dos conflitos, deve ele, antes do mais, verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis”.

Após o conhecido caso, criou-se, na prática, portanto, a “Doutrina de Marshall”, segundo a qual, de maneira *difusa*, por todos os seus juízes e tribunais, o Poder Judiciário deve fazer o controle repressivo de constitucionalidade.

Tal sistema, também chamado “modelo americano” de controle de constitucionalidade, foi adotado por muitos Estados do continente americano, entre os quais o

Brasil, que o aprimorou consideravelmente, como veremos adiante.

Achamos injusto atribuir-se somente ao grande Marshall a criação do “judicial review”, pois o não “menos grande” Alexander Hamilton, escrevia no “The Federalist” nº 78, em 28 de maio de 1788:

*“The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation an validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents”.*

(Traduzimos; “A interpretação das leis é o campo de ação próprio e peculiar dos tribunais. Uma constituição é, de fato, e assim deve ser considerada pelos juízes, como uma lei fundamental. Portanto, cabe a eles discernir seu significado bem como o significado de qualquer norma específica partida do órgão legislativo. Se chegar a acontecer uma discrepância irreconciliável entre as duas, a que tiver maior prevalência e validade deve, é claro, ser preferida. Ou, em outras palavras, a constituição deve prevalecer sobre a lei, isto é, a intenção do povo deve prevalecer sobre a intenção dos seus agentes”.

Deixamos aqui o nosso tributo ao mais brilhante teórico e organizado dos “Founding Fathers” norte-americanos, morto aos 49 anos de idade em duelo com Aaron Burr.

c) *Controle Misto*, quando na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do Poder do Estado, reunidos, todos, em tribunal não-judicial, de competência especializada.

É chamado “modelo austríaco” por ter nascido na Constituição austríaca de 1920, sob inspiração “kelseniana”. É o sistema adotado na Itália, nos termos dos artigos 134 a 137 da Constituição italiana de 1947, modificado o art. 135 pela Emenda Constitucional de 22 de novembro de 1967. Este artigo dispõe:

*“La Corte Costituzionale è composta de quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle Supreme Magistrature ordinaria ed amministrative”.*

Vê-se, aí, claramente, a participação dos três órgãos do Poder Estatal na escolha dos membros da Corte Constitucional, que tem como primeira competência a de solucionar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos do Estado e das Regiões, que tenham força de lei.

Também na Espanha adota-se o controle misto. A Constituição espanhola, de 1978, no Título IX, artigos 159 e seguintes, estabelece:

*“El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso (de los Diputados) por mayoría de tre quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a*

*propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.*

Portugal, após a revisão constitucional de 1982, pode também ser enquadrado nesse sistema, embora os parlamentares – revisores tenham inserido o novo órgão fiscalizador na Parte III (Organização do Poder Político), Título V, que trata dos *Tribunais* em geral. Porém, demonstrando o seu caráter de *órgão jurisdicional especial*, sua composição está na Parte IV, que trata especificamente da *Garantia e Revisão da Constituição*.

Sobre o Tribunal Constitucional português, falaremos adiante, com mais detalhe, não sem antes citar o professor *José Manuel Cardoso da Costa*, atual Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal. Diz o mestre de Coimbra, evidenciando a natureza mista do controle de constitucionalidade nos domínios lusitanos:

“Eis como pode dizer-se – em síntese conclusiva – que o Tribunal Constitucional português, criado em 1982, se situa na confluência de duas tradições constitucionais: dum lado, a tradição americana da “judicial review”, recolhida logo em 1911, na primeira Constituição republicana que o país conheceu; do outro, a tradição contemporânea europeia duma justiça e duma jurisdição constitucional autônomas, concebidas como o melhor caminho para resolver o problema “político” da garantia contenciosa da Constituição e para conferir eficácia a esta garantia”.

### 3. O Controle de Constitucionalidade na França

Como já dito no item 2.2.a, a França adota o controle *político* de constitucionalidade, excluindo o Judiciário de tal processo. E faz esse controle somente de maneira *preventiva*.

A Constituição francesa de 4 de outubro de 1958, a “Constituição de De Gaulle”, no seu Título VII, artigos 56 a 63, cuida do *Conselho Constitucional*, órgão político, como já visto, encarregado da guarda da Constituição.

O artigo 61 determina que as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes de sua vigência, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional que se pronuncia sobre sua conformidade com a Constituição.

Para o mesmo fim, as leis ordinárias, antes de sua promulgação, podem ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembleia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por 60 deputados ou igual número de senadores.

E o artigo 61 é bem expresso, prescrevendo que uma disposição declarada inconstitucional pelo Conselho Constitucional não poderá ser promulgada nem aplicada. Tal declaração, pela inconstitucionalidade ou pela *constitucionalidade*, é irrecorrível e obriga os poderes públicos e todas as autoridades administrativas e *judiciárias*.

Isso significa, é evidente, que os juízes franceses não têm qualquer competência no controle de constitucionalidade. Em seus julgamentos, eles têm que aplicar a lei, pura e simplesmente, visto que se for lei orgânica, já passou obrigatoriamente pelo crivo do Conselho Constitucional e, se for lei ordinária, ou já foi submetida ao Conselho ou perdeu-se a oportunidade de fazê-lo.

De fato, como dizem os comentaristas *Charles Debbsch* e *Jean-Marie Pontier*,

“Le Conseil Constitutionnel permet, pour la première foi dans l’histoire de la République française, d’assurr la suprématie effective de la constitution sur les autres normes juridiques”.

Mas de fato, também se vê que o Poder Judiciário fica relegado a uma posição subalterna no sistema francês.

Como observa *Sacha Calmon Navarro Coelho*, enquanto nos Estados Unidos “decorreu a entre da *Lei Maior (Paramount Law)* ao Poder Judiciário, já incumbido de interpretar leis e costumes para gerar precedentes”, na França “relegou-se o Poder Judiciário ao modesto papel de resolver os litígios entre particulares *secundum legem*”.

E o grande mestre *Raul Machado Horta*, analisando esse “antijudiciarismo” francês, afirma:

“Na França, a *informité congénitable* do Judiciário, de que fala *Carré de Malberg*, está na própria origem do direito público francês moderno. A Constituição francesa de 1791, apesar de ter proclamado a separação dos poderes e nela depositado o fundamento da existência constitucional, *a traité en marâtre l'autorité judiciaire*, pelo papel subalterno de mero satélite e auxiliar da Assembléia Legislativa, *un serviteur de la législature*, diz incisivamente *Carré de Malberg*”.

#### 4. O Controle de Constitucionalidade em Portugal

Segundo afirma o sempre citado *Jorge Miranda*, o sistema de controle de constitucionalidade adotado em Portugal desde 1982 (que nós chamamos de *misto*) dá aos juízes e tribunais comuns a “competência para conhecer e para decidir (as questões de inconstitucionalidade), com recurso possível ou necessário para um tribunal situado fora da ordem judicial”.

Por força da 1ª Revisão Constitucional, de 1982, que alterou a Constituição portuguesa de 1976, surgiu o *Tribunal Constitucional*, já mencionado no item 2.2b deste trabalho e cuja competência primeira é apreciar “a

inconstitucionalidade e ilegalidade, nos termos dos artigos 277 e seguintes”, os quais, “oportuno tempore” e resumidamente, iremos aqui examinar. As demais atribuições do Tribunal Constitucional português fogem do âmbito deste trabalho.

Para cuidarmos da fiscalização de constitucionalidade em Portugal, valer-nos-emos aqui dos artigos 277 a 283 a Constituição e das Leis 28/82 e 85/89.

O Tribunal Constitucional português é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por esses. Seis dos juízes designados pela Assembléia ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juízes dos tribunais judiciais e os demais entre juristas. Todos servirão por seis anos.

Pela legislação portuguesa atual, quatro são os tipos de fiscalização (ou “controle”) de constitucionalidade:

##### a) Fiscalização preventiva

Estabelece o artigo 278 da CRP que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de ato legislativo que lhe tenha sido enviado para promulgação.

Se o Tribunal se pronunciar pela inconstitucionalidade, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República, podendo o veto ser derrubado pela Assembléia da República pelo “*quorum*” de dois terços.

##### b) Fiscalização sucessiva concreta

Conforme o art. 207 da CRP, os juízes e tribunais judiciais, nos feitos submetidos a seu julgamento, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela contidos.

Vê-se que, aí, na competência *difusa* dos órgãos do Judiciário, começa o processo de fiscalização sucessiva

(ou repressiva, para nós) no atual Direito português. Pelo artigo supramencionado, o Judiciário, na solução dos conflitos que lhe são apresentados, *não pode* aplicar dispositivos que contrariem a Constituição. Entende-se, então, que a inconstitucionalidade, assim detectada (por provocação ou *de ofício*) pelo magistrado de 1º grau ou pelos tribunais de 2º grau (inclusive o Supremo Tribunal de Justiça), como *questão prejudicial*, fará com que o processo suba diretamente, em recurso, para o Tribunal Constitucional, salvo algumas exceções, em que os recursos ordinários deverão ser esgotados, primeiramente.

Não podendo aplicar dispositivo que entenda inconstitucional ou aplicando-o, se entenderem-no constitucional, mesmo com alegação da parte em contrário, vê-se que os juízes e os tribunais já estão fazendo o controle de constitucionalidade repressivo em concreto, embora a *declaração* definitiva de inconstitucionalidade ou não, fique na competência *concentrada* do Tribunal Constitucional.

Em resumo, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1º grau e de 2º grau que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade; que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional.

As partes legítimas para o recurso ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, são o Ministério Público e as pessoas que tenham legitimidade para interpor recurso (nos termos do Código de Processo Civil).

O artigo 82 da Lei nº 28 traz determinação importante, que constitui uma ligação entre o controle concreto e o abstrato. Diz tal dispositivo: sempre que a *mesma norma* tiver sido declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional por três vezes, em casos concretos, pode

esse mesmo Tribunal promover a organização de um processo para o controle em abstrato ou em tese.

Detalhe importante do controle de constitucionalidade em concreto, no direito português, é que se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, os autos baixarão ao juízo ou tribunal "*ad quem*" para que esse reforme a decisão em conformidade com o julgamento da questão de inconstitucionalidade (art. 80 da Lei nº 28/85).

Leciona *Jorge Miranda*: "O Tribunal Constitucional não substitui, portanto, a decisão recorrida por aquela que deveria ser emitida e tão pouco a anula".

### c) Fiscalização sucessiva abstrata

O art. 281 da CRP estabelece que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, de Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou de um décimo dos Deputados à Assembleia da República.

Tal dispositivo, em boa hora, inspirou a elaboração do artigo 103 da Constituição brasileira de 1988, que permite a várias autoridades e entidades proporem a ação direta de inconstitucionalidade no Brasil, como veremos no fim desta exposição.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade "*in abstracto*" são os seguintes, conforme o art. 282 da CRP:

1º – A declaração de inconstitucionalidade, com força geral e obrigatória, atinge a norma desde a sua entrada em vigor e determina a repriminção das normas que ela tenha eventualmente revogado.

2º – Em caso, porém, de inconstitucionalidade por ofensa à norma constitucional posterior, a declaração só vai produzir efeito a partir da entrada em vigor dessa última.

3º – A Constituição determina que ficam ressalvados os *casos julgados*, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma disser respeito à matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido. Percebe-se, aqui, que o constituinte-revisor português quis, com razão, evitar o transtorno prático que causaria à revisão de todos os casos julgados, com a geração de insegurança e incerteza, quando a lei em que se baseou tais julgamentos, fosse declarada inconstitucional.

Mas houve a previsão de exceção: o Tribunal Constitucional pode decidir contrariar a regra do caso julgado, quando a norma declarada inconstitucional se referir principalmente à matéria penal e que tal declaração possa vir a beneficiar alguém que tenha sido condenado com suporte nessa mesma norma (ver artigo 29 da CRP).

4º – Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo – que deverá ser fundamentado – o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional *fixar* os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restritivo. Tal dispositivo dá ao Tribunal Constitucional maior campo de ação, que transcende os limites do convencionalmente jurídico, situando-o na posição que um tribunal de tal categoria ocupa, como uma corte jurídico-política. *Jorge Miranda*, em 1976, chamava a atenção: “O problema da constitucionalidade das leis não é simples problema para juristas; é também problema para políticos”.

Concordando com o ilustre catedrático e ex-constituinte, nunca é demais lembrar que o objeto principal de um Tribunal Constitucional é exatamente a *Constituição*, documento que organiza jurídica e politicamente uma Nação, transformando-a em Estado. Em outras palavras, os julgamentos de constitucionalidade envolvem sempre, em pesos que precisam ser cuidadosamente ponderados, interesses jurídicos e políticos.

#### d) Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

O art. 283 da CRP estabelece que, a requerimento do Presidente da República ou do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por *omissão* das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais. E, quando o Tribunal verificar a existência da alegada omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Tal dispositivo deu origem ao § 2º do artigo 103 da Constituição brasileira de 1988. Tanto o preceito português quanto o brasileiro são muito importantes no seu intuito mas ambos fracos e tímidos no que concerne à “sanção” ali prevista.

Sobre o sistema português, lembra *Jorge Miranda*:

“É apenas em regime de tribunal constitucional que aparece um órgão judicativo em concurso com os *órgãos supremos* do Estado e dotado de uma competência que se define directamente pela fiscalização; e, por isso, simultaneamente, esse sistema empresta (ou parece emprestar) ao princípio jurisdicional a projecção máxima na vida pública”.

### 5. O Controle de Constitucionalidade no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, além de manter o controle de constitucionalidade em concreto (que vinha desde 1891) e de ampliar o controle em abstrato (que tínhamos desde 1946), consagrou o controle de constitucionalidade por omissão (seguindo, como já vimos, o modelo português).

Pretendendo abordar aqui, de maneira sucinta, o método adotado no Brasil em cada um desses casos no âmbito federal.

Antes, porém, é preciso lembrar que a Constituição de 1988 trouxe um grande avanço no trato da inconstitucionalidade, ou seja, com a criação do *Superior Tribunal de Justiça*, como o guardião da lei federal, o *Supremo Tribunal Federal*, aliviado da sobrecarga de recursos *extraordinários* sobre a “questão federal” que agora são recursos *especiais* àquele novo tribunal superior, (o Supremo, repito) passou a ser o verdadeiro guardião da Constituição.

Sem embargo do aprimoramento já verificado, muito mais poderia ser feito para que o Supremo Tribunal Federal pudesse se transformar em verdadeira Corte Constitucional, para cuidar de sua “competência fundamental, substancial, essencial, precípua”, que é a jurisdição constitucional e, principalmente, o controle de constitucionalidade, na órbita federal. Quem o diz, com toda competência, como ilustre professor de Direito Constitucional e, com inteiro conhecimento de causa, como ministro da nossa Suprema Corte, é o jurista *Carlos Mário da Silva Velloso*. Em seu notável artigo “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”, incluído no seu recentíssimo livro “Temas de Direito Público”, *Velloso* enumera, com a devida justificação, as alterações que deveriam ser trazidas na competência do STF, para tê-lo como “guardião” da Constituição da República.

Nos termos da Constituição de 1988, já alterada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.93, assim funciona o Controle de Constitucionalidade Repressivo no Brasil:

#### a) Controle de Constitucionalidade no Caso Concreto

Em se tratando do Controle de Constitucionalidade no caso concreto, nosso sistema é, evidentemente, o *sistema judicial difuso*, já que seu exercício é reconhecido a todos os componentes do Judiciário, a começar pelo Juiz

da 1ª instância ou do 1º grau. Tal controle é exercido por via de exceção e é chamado *incidental*, cabendo ao demandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num *caso concreto*. Entende-se também por via de exceção a situação de, por exemplo, a pessoa, que prejudicada em seu direito líquido e certo por ato de autoridade pública ou agente do Poder Público, impetra mandado de segurança, argüindo a inconstitucionalidade do ato em si ou da legislação que o ampara.

Correndo (ou andando devagar...) pelos trâmites processuais judiciais, a demanda em que argüiu a inconstitucionalidade passa da 1ª instância aos tribunais de 2º grau, e daí, poderá chegar ao Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso *extraordinário*, de acordo com o art. 102, III, a, b e c da Constituição da República, *verbis*:

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

...

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”.

Nesse caso, como lembra *Celso Bastos*, “a decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando outras decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, enquanto a lei não tiver suspensa a executoriedade, o que compete ao Senado Federal.”

Diz o art. 52, inciso X, da Constituição que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconsti-

tucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Tal suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Já está assente na jurisprudência da mais alta Corte do país que decisão *definitiva* é a decisão repetida em vários casos semelhantes. Em artigo publicado em 1973, já advertia o hoje Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Segundo entendemos, o Senado fica vinculado à decisão proferida pelo Judiciário, não podendo o mesmo atentar para conveniências políticas em tal conjuntura, omitindo-se, haja vista que a lei não lhe deu essa faculdade, que seria exdruzulamente ampliadora e contraditória, levando-se em conta que o colimado foi atribuir ao Legislativo o resguardo das formalidades no processo da invalidade”.

#### b) Controle de Constitucionalidade em Tese

O controle de constitucionalidade *em tese*, ou *em abstrato*, ou por *ação direta*, faz-se, no Brasil, pelo *sistema judicial concentrado*. Trata-se, agora, de controle *principal*, que exerce, na esfera federal, exclusivamente o Supremo Tribunal Federal, em ação direta proposta por certas autoridades e entidades.

Tal controle está na competência originária do Supremo, nos termos da primeira parte da alínea *a*, inciso I, do art. 102 da Constituição, cabendo, assim, àquela Corte processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, de ato normativo federal ou estadual ofensivo à Constituição da República.

O art. 103 da Constituição da República de 1988 trouxe importante avanço no controle de constitucionalidade em tese, abrindo o leque de partes legítimas para proporem a ação direta, na vigência da Constituição de

1967, só o Procurador Geral da República, então cargo de confiança do Presidente da República, podia propô-la.

O ilustre Ministro *Moreira Alves* observa a propósito:

“Embora se tenha dado independência funcional ao Procurador Geral da República – que deixou de ser funcionário demissível “*ad nutum*” pelo Presidente da República, para ser nomeado, dentre os integrantes da carreira do Ministério Público da União, com mandato por dois anos, permitida sua recondução e só podendo ser destituído com autorização da maioria absoluta do Senado – o que afastou a objeção de que a legitimação ativa da ação direta de inconstitucionalidade só era atribuída a servidor público demissível “*ad nutum*” pelo Chefe do Executivo, esse monopólio foi-lhe retirado” pelo artigo 103.

De acordo com tal dispositivo, como sabemos, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; as Mesas das Assembleias Legislativas Estaduais; os Governadores dos Estados; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político que tenha representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nesse caso, como o objeto da ação é o próprio vício de inconstitucionalidade da legislação, a respectiva decisão judicial faz coisa julgada “*erga omnes*”. Com a decisão pela inconstitucionalidade, a lei torna-se imediatamente inaplicável. Não há necessidade de comunicação ao Senado para a suspensão, como no caso concreto.

Concordamos plenamente com o Ministro *Carlos Mário Velloso*, quando ele defende a idéia de que, no to-

cante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, devia “a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *“ex tunc”* ou *“ex nunc”* à declaração de inconstitucionalidade”, conforme a repercussão da própria decisão no cenário jurídico-político do país.

A mesma alínea *a*, inciso I, do citado art. 102, traz agora uma novidade criada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.93. É a *ação declaratória de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal, também da competência originária do Supremo.

O § 2º do mesmo art. 102, acrescentado pela referida Emenda, estabelece que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A ação declaratória de constitucionalidade só pode ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador Geral da República (§ 4º do art. 102, também fruto da Emenda nº 3).

### c) Inconstitucionalidade por omissão

Outra novidade de inspiração portuguesa na Constituição de 88 é a inconstitucionalidade por *omissão*. Em nível federal, só o Supremo Tribunal Federal pode apreciar a alegação de inconstitucionalidade por omissão, caracterizando-se, assim, o *sistema judicial concentrado*.

Diz o art. 103, § 2º, que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se

tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Por aí se vê que, quando o Legislativo for o “Poder” responsável pela omissão, não há como obrigá-lo a legislar. Há autores brasileiros, como *José Afonso da Silva*, que propugnavam, no caso, “por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão”. Porém os constituintes de 88 não aceitaram a idéia.

## 6. Conclusão

Nós brasileiros, temos o uso e o vezo de criticar tudo que é nosso, preferindo quase sempre o importado. Entendemos que, em matéria de controle de constitucionalidade, não podemos nos queixar.

O sistema está muito bem estruturado na Constituição. Seguimos o *“judicial control”* dos norte americanos e o aprimoramos consideravelmente, com a adoção do controle em tese, que eles não têm. Copiamos alguns pontos da Constituição portuguesa, consagrando o controle de inconstitucionalidade por omissão e ampliando o número de partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Temos agora a ação declaratória de constitucionalidade.

Achamos que se poderia ainda melhorar o sistema, transferindo-se do Supremo Tribunal Federal mais algumas de suas atuais atribuições para o importantíssimo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que aquela Suprema Corte pudesse cuidar mais da jurisprudência constitucional.

E ousamos pensar numa composição diferente para esse novo “Supremo”. Entendemos que, na área delicada dos julgamentos de inconstitucionalidade, há sempre o envolvimento político da questão. E podem surgir casos em que *juridicamente* se tenha que declarar a incons-

titucionalidade de uma norma, mas que *politicamente*, no sentido social, em defesa do próprio “interesse público de excepcional relevo”, o que deverá ser fundamentado (como todas as decisões devem sê-lo e esta mais), o tribunal constitucional, com toda sua *responsabilidade*, tenha que dosar os efeitos dessa declaração.

Somos inclinados a pensar que um real e eficiente controle de constitucionalidade, sem embargo do sistema difuso, a ser preservado, deve ser mesmo aquele realizado, em última instância, nos casos concretos e, originariamente, quando em tese – por um *órgão especial*, que, aqui no Brasil, pode ser o tradicional e vetusto *Supremo Tribunal Federal*, mas com uma composição tal que o torne independente de qualquer um dos três “poderes” do Estado, mas deles nascido e formado.

Porém para que isso aconteça, é preciso uma reforma constitucional séria e bem pensada, por legisladores de alto quilate. Reforma feita através de *emendas*, com rigorosa obediência aos preceitos do artigo 60 da própria Constituição, e não esta “revisão” infeliz, que desrespeita a própria Federação.

Mas isso tudo, por agora, é querer demais...

## 7. Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. reformulada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada e acompanhada dos textos das Emendas constitucionais 1, de 31 de março de 1992; 2, de 25 de agosto de 1992; 3, de 17 de março de 1993 e 4, de 14 de setembro de 1993/organização de Juarez Oliveira. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CAETANO, Marcello. *Constituições Portuguesas*. 5. ed. segundo a edição revista e atualizada pelo autor, com análise da Constituição de 1976. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1981.
- CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Vol. 1: Direito comparado. Teoria Geral do estado e da constituição. As constituições do Brasil.
- CARDOSO DA COSTA, Manoel M. *O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica*. In: PORTUGAL; o sistema político e constitucional 1974-1987/coord. Mário Baptista Coelho. Lisboa: Univ. de Lisboa, 1. d. p. 913-923.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte, Del Rey, 1992.
- CULLOP, Foyd C. *The Constitution of the United States: an introduction*. New York: Mentor, 1984.
- ESPAÑA. Constituição, 1978. *Constitucion Espanola*. Madrid: Ed. Civitas, 1986.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 2. ed. rev. e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Lições de direito constitucional e teoria geral do estado*. Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991.
- FRANÇA, Constituições. *Les constitutions de France/ Charles Debbasch e Jean-Marie Pontier*. Paris: Dalloz, 1983.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *The federalist papers/ with an introduction an commentary by Garry Wills*. Toronto: Bantam Books, 1982.

- HORTA, Raul Machado. *O Controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: UFMG, 1953 (Tese).
- ITÁLIA. Constituição, 1947. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Supp. n. 5 di Veta Italiana – Documenti e informazioni. Roma, 1972.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Liv. Petrony, 1976.
- MIRANDA, Jorge. *A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal*. In: As GARANTIAS do cidadão na justiça / coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 15-29.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e act. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. Tomo 2: constituição e inconstitucionalidade.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil*. In: As GARANTIAS do cidadão na justiça/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1-14.
- PINTO FERREIRA. *A jurisdição constitucional*. In: O JUDICIÁRIO e a Constituição/coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 197-218.
- PORTUGAL. Constituição, 1976. *Constituição da República Portuguesa e legislação complementar*/ Introdução de Marcelo Rebelo de Souza. Lisboa: Aequitas e Ed. Notícias, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e amp. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- SLAIBI Filho, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*; aspectos fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro. *Lemí, revista jurídica*, n. 68 p. 1-21, jul. 1973.
- TOPORNINE, Boris. *A nova constituição da URSS*. Moscovo: Ed. Progresso, 1981.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- WILSON Jr., Vicente. *The book of the founding fathers*. Brookeville, Americam History Research Associates, 1985.

## O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE

Ricardo de Brito A. P. Freitas  
Promotor da Justiça Militar Federal –  
Professor de Direito Penal da Universidade  
Federal de Pernambuco – Mestre em Direito

*“Nos homens, como nos povos, velhos costumes não se mudam facilmente, porque eles deformam a visão da inteligência e viciam a vontade. E, ainda depois de vistos com clareza e repudiados pela razão, contam com a inércia do propósito”*

(Hélio Tornaghi).

### SUMÁRIO

1- Introdução. 2- Direito alternativo e uso alternativo do direito. 3- Espaços e limites do uso alternativo do direito penal. Bibliografia.

### 1. Introdução

Não é a primeira vez que tenho a oportunidade de me debruçar sobre o tema deste trabalho. Em 1991, ingressando na magistratura pernambucana, escrevi uma pequena monografia: “Os Juízes, a Hermenêutica e o Uso Alternativo do Direito”, trabalho agraciado com o “Prêmio Desembargador Antônio de Brito Alves” pelo Tribunal de Justiça do Estado. Na época, tratava-se de uma prestação de contas comigo mesmo em torno de um tema que de há muito provocava em mim intensa curiosidade e

inquietação. Expressa também a preocupação de um magistrado recém ingresso na carreira em aclarar certas pautas de conduta que pudessem ajudá-lo no exercício da função e, ao mesmo tempo, estimular a discussão em torno do tema entre os novos juízes. Nesse sentido, obteve algum êxito. Claro está, porém, que se tratava de uma reflexão ainda incipiente ante a multiplicidade de problemas práticos que o tema enseja. Depois, confesso, não tive ânimo de aprofundar as reflexões iniciais, imerso que estava em outros problemas de cunho profissional. De toda sorte, acompanhei, mesmo a distância, algumas discussões sobre o Direito Alternativo.

Este pequeno artigo pretende levantar alguns problemas referentes ao uso alternativo do Direito Penal. Por conseguinte, não pretende esgotar o tema, mas apenas problematizar em torno da possibilidade de sua utilização no campo penal em virtude das características específicas desse ramo do Direito. Neste sentido, ressalte-se, inclusive, que os principais teóricos do Direito Alternativo costumam considerar a sua importância quase sempre sob o prisma dos chamados direitos sociais e direitos coletivos, esquecendo-se do papel fundamental que desempenha o Direito Penal na sociedade. Esclareço, desde logo, não ter qualquer preocupação em convencer quem quer que seja de meus pontos de vista. Ficarei plenamente satisfeito, no entanto, se conseguir despertar interesse em torno das questões aqui levantadas, de modo a estimular a superação das idéias veiculadas neste texto.

## 2. Direito alternativo e uso alternativo do direito

Definitivamente as expressões, Direito Alternativo e uso alternativo do Direito, não são sinônimos, apesar da doutrina muitas vezes utilizá-las indistintamente.

Pressuposto necessário à admissão da existência do Direito Alternativo é a pluralidade de instâncias produtoras

do Direito. Significa dizer que só pode existir Direito Alternativo se aceitarmos a tese de que o Estado não detém a exclusividade do processo de criação e aplicação do Direito. Aceitando, aí sim, pode-se dizer que, ao lado do Direito estatal, oficial, e de todo aparato judiciário, existe um Direito Alternativo que brota quase que de modo espontâneo da sociedade, mais especificamente dos setores desfavorecidos da sociedade.

Em oportunidade anterior, conceituamos o Direito Alternativo como sendo aquele que “tendo por principais agentes os setores mais desfavorecidos da sociedade, é produzido independentemente dos órgãos estatais, com o objetivo de regular as relações sociais da própria comunidade que o criou, de maneira informal”.<sup>1</sup>

De fato, em linhas gerais, é essa a percepção dos estudiosos do tema sobre a gênese e características principais do Direito Alternativo. Miguel Pressburguer que, aliás, prefere denominá-lo Direito Insurgente, esclarece a respeito:

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

1 Freitas, Ricardo de Brito A. P.; *Os Juízes, a Hermenêutica e o uso Alternativo do Direito*; pág.11.

2 Pressburguer, Miguel; *Direito Insurgente: O Direito dos Oprimidos* in Lições de Direito Alternativo; pág.14.

Temos então, em síntese, que:

- a) O Direito Alternativo nasce tanto nas comunidades urbanas quanto nas rurais economicamente desfavorecidas, ou seja, nas favelas, ocupações urbanas e ocupações rurais, nunca do Estado através do Poder Legislativo;
- b) O Direito Alternativo busca regular as relações no interior da comunidade que o criou, não tendo a pretensão de normatizar a conduta da sociedade como um todo;
- c) O Direito Alternativo apresenta regras de caráter consuetudinário, consensual e informal;
- d) O Direito Alternativo seria “adequado e eficiente”;
- e) O Direito Alternativo não visaria a “assegurar a reprodução do modo de produção capitalista”.

Apesar dos teóricos, inclusive alguns ligados às assessorias jurídicas populares, terem se debruçado sobre a questão do Direito Alternativo, na realidade inexistem estudos aprofundados acerca desse peculiar modo de controle e disciplinamento das relações sociais. Nesse sentido, carecemos todos da oportunidade de examinar experiências e situações concretas de aplicação do Direito Alternativo de modo a obter dados que nos permitam perceber a dimensão real de sua existência, caráter e legitimidade.

O uso alternativo do Direito é algo bem diferente do Direito Alternativo.

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

qüentemente, o direito a ter direitos e a exercê-los de forma efetiva”.<sup>3</sup>

Assim, enquanto o Direito Alternativo é um *Direito paralelo ao Direito estatal*, o uso alternativo do Direito refere-se a uma *nova maneira de interpretar e aplicar o Direito estatal*.<sup>4</sup>

Enquanto o Direito Alternativo prescinde do espaço oficial e tem como operadores as organizações populares, o uso alternativo do Direito ocorre no interior do Judiciário e tem como agentes os profissionais do Direito em geral, sejam eles advogados, juízes ou membros do Ministério Público.

Note-se, no entanto, aspecto freqüentemente obscurecido ou desprezado pelos estudiosos do tema, a presença de uma importante tensão entre os conceitos de Direito Alternativo e uso alternativo do Direito. Pode sempre ser admitido como algo válido pelos defensores do uso alternativo do Direito a existência de um Direito Alternativo, desde que estes também aceitem a idéia do pluralismo jurídico. Todavia, o reconhecimento do valor do uso alternativo do Direito por parte dos adeptos do Direito Alternativo é mais complicado.

Conforme enfatizamos anteriormente, quando se menciona “uso alternativo do Direito” está implícito que se trata de uso do Direito estatal com o objetivo de favorecer sua aplicação mais justa. Esclarece a respeito a doutrina que “esta concepção *não chega a ser um paradigma alternativo ou substitutivo da ciência jurídica positivista, mas tão-somente a aplicação diferente da*

<sup>3</sup> Freitas, Ricardo de Brito A. P.; Op.Cit.; pág.12.

<sup>4</sup> Conforme salienta Amílton Bueno de Carvalho, o uso alternativo do Direito consiste: a) na utilização das contradições, ambigüidades, lacunas do direito legislado numa ótica democratizante b) em buscar, via interpretação qualificada, diferenciação, abertura de espaços que possibilitem: 1) o avanço das lutas populares, 2) permitindo, outrossim, que se democratizem cada vez mais os efeitos da norma, através da crítica constante. Carvalho, Amílton B.; *Direito Alternativo na Jurisprudência*; pág.11.

*dogmática dominante*, explorando as contradições e as crises do próprio sistema e buscando novas formas mais democráticas superadoras da ordem burguesa” (grifei).<sup>5</sup> Fica claro então que, para os adeptos da possibilidade de um uso alternativo do Direito, críticos em relação ao Direito vigente e às formas tradicionais de sua interpretação e aplicação, o Direito estatal não pode ser simplesmente objeto de desprezo por servir para “**reprodução do modo de produção capitalista**”, como parece implicar a concepção de Direito Alternativo.

Não obstante, deve ser reconhecido o esforço desenvolvido por alguns estudiosos no sentido de minimizar a possibilidade de rejeição do uso alternativo do Direito ou, pelo menos, de diminuição de sua importância, pelos adeptos mais extremados do Direito Alternativo.<sup>6</sup>

No espaço onde reina o Direito estatal não vejo com o mesmo otimismo de Edmundo Lima de Arruda Jr. a possibilidade de uso do Direito Alternativo. Segundo este importante estudioso do tema, “há espaços na instância jurídica e fora dela. Na instância jurídica há espaços mais ou menos flexíveis (por exemplo, o espaço da Procuradoria da República tem sido tão importante ou até mais arrojado que o da Magistratura), *também se admitindo, por que não, o ‘direito alternativo’ dentro do Estado, e não somente – de forma exclusiva – o ‘uso alternativo do Direito’, posto*

5 Wolkmer, Antônio Carlos; *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*; pág.66.

6 Edmundo Lima de Arruda Jr., por exemplo, referindo-se aos diversos enfoques relacionados à crítica do Direito diz que “tal problemática não desconsidera a necessária positivação do direito (...). Não pretende negar o Direito Estatal, mas articular operadores jurídicos e comunidade na luta dentro da lei instituída ou no seio do direito dos oprimidos que se quer ver reconhecido (plano do instituinte), *num movimento tanto de utilização do ‘uso alternativo do direito’ (espaços já conquistados na legalidade burguesa ou a partir de contradições e lacunas deixadas por ela no contexto da monopolização transnacional que faz caducos princípios basilares do liberalismo-jurídico) como de dinamização do ‘direito paralelo’, ‘direito insurgente’, que vinculamos como formas de ‘direito alternativo’*” *Apreensão ao Livro Lições de Direito Alternativo*; págs. 7/8.

*que não se trata de aplicar tão-somente a lei, mas de criá-lo, no limite e respeitado o poder legislativo, insubstituível pelo Judiciário, obviamente*”.<sup>7</sup>

Pelas próprias características do chamado Direito Alternativo parece-me impossível a sua operação pelos atores jurídicos tradicionais, sob pena de desvirtuar-se o seu conceito. O Direito Alternativo implica uma negação da possibilidade de utilização das vias jurídicas tradicionais como meio de composição de conflitos, justamente em face do entendimento que o aparelho repressivo do Estado, em especial o Poder Judiciário, age como comitê gerenciador dos interesses dominantes. E é por tal razão de cunho ideológico e não outra, que o Direito Alternativo é, conforme salienta Pressburger, “interno” e criado não no interior das instâncias de Poder estatal, mas no seio dos movimentos sociais, como capaz de possibilitar a regulação de seus conflitos internos e servir como escudo legítimo das pretensões das camadas desfavorecidas da sociedade **não no interior do aparelho Judiciário, mas contra ele.**

O Direito Alternativo, por sua própria natureza é, sobretudo, *contra legem*. Mesmo admitindo, apenas por exceção, a possibilidade de um uso alternativo do Direito, considera-se superior a este, significando que deve prevalecer em caso de conflito entre ambos no tocante à possibilidade de aplicação frente a uma situação concreta.

Já o uso alternativo do Direito pode ser feito *secundum legem*, mas a partir de novos critérios hermenêuticos e sem negar a validade da utilização da via representada pelo Judiciário.

De fato, o uso alternativo do Direito representa, opinião geral, sobretudo uma nova maneira de se

7 Arruda Jr., Edmundo Lima; *Direito Alternativo – Notas sobre as Condições de Possibilidade* in *Lições de Direito Alternativo*; pág.98.

interpretar muitas vezes um velho Direito. A esse respeito, esclarece Tarso Genro que “na nossa doutrina mais qualificada já é reconhecida a superioridade dos princípios de direito para a orientação interpretativa. Esta superioridade permite, pois, eventuais ou sucessivas derivações impróprias (ineficácia das normas perante um caso concreto) para proteger a totalidade e a própria teleologia do ordenamento”.<sup>8</sup> No mesmo sentido, ressaltando a importância da teoria da interpretação, afirma Clémerson Clève: “a teoria do uso alternativo do direito, sem quebrar o princípio da legalidade, não desconhece o fato de que a decisão judicial guarda forte concentração de criação jurídica. Por isso reconhece significativa importância na teoria da interpretação. Afinal, como se sabe, dentro dos limites do sistema jurídico, da combinação dos distintos critérios metodológicos, estabelecidos pelas distintas escolas de interpretação, pode resultar um número incalculável de teses jurídicas progressistas”.<sup>9</sup>

O uso alternativo do Direito tem, malgrado o entendimento de alguns, seus mais importantes operadores nos profissionais do Direito em geral, pela simples razão de tratar-se de Direito estatal.<sup>10</sup> O Direito Alternativo, pelo contrário, é aplicado pela própria comunidade.

### 3. Espaços e limites do uso alternativo do direito penal

A norma penal existe com a finalidade de proteger determinados bens, os chamados bens jurídicos. O Direito, cumprindo a missão de regular a conduta humana, protege

8 Genro, Tarso; *Os Juízes contra a Lei* In Lições de Direito Alternativo; pág.19.

9 Clève, Clemerson Merlin; *Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo* In Lições de Direito Alternativo; pág.116.

10 Diz Amílton Bueno de Carvalho que os “atores principais, neste momento, são os intérpretes: juízes, promotores, advogados, professores, doutrinadores, que são aqueles que colocam a determinação na norma, extraindo dela um novo texto, fazendo sua leitura e nela atuando...”. Carvalho, Amílton B.; Op.Cit.; pág.12.

determinados bens e interesses de modo a assegurar a vida em sociedade. O Direito Penal, porém, não se interessa pela proteção de todos os bens juridicamente relevantes, mas apenas daqueles fundamentais para a existência da vida em sociedade.<sup>11</sup> Por tal razão, diz-se que possui caráter fragmentário.

O Direito Penal, sendo Direito, é profundamente influenciado quando da sua elaboração por variados interesses que, em certos casos, representam apenas os interesses de determinados grupos sociais. Reflete igualmente certas concepções de mundo hegemônicas em um dado momento histórico de um país. O surgimento de leis penais mais brandas ou rigorosas, por exemplo, é fruto muitas vezes do sentimento de determinados segmentos sociais que, em dado momento, hegemonomizam toda a sociedade conferindo aparência consensual ao Direito.<sup>12</sup> Todavia, não resta dúvida que, particularmente o Direito Penal, devido à natureza especialmente valiosa dos bens jurídicos que protege, atende bem mais que outros ramos do Direito à necessidade de justiça e à segurança da

11 Afirma Aníbal Bruno que “o fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade pela proteção dos bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito de Von Lizst, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. São interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou das concepções de vida em determinados momentos”. Bruno, Aníbal; DIREITO PENAL; pág.28/30.

12 “O Direito possui um caráter fortemente ideológico e, se é verdade que não traduz mecanicamente a vontade de determinada classe social ou, então, às condições necessárias à manutenção de um certo modo de produção, é certo que emana de determinados interesses de segmentos sociais que, em um dado momento, são hegemônicos. Esses setores sociais hegemônicos influem decisivamente e com regularidade no processo de elaboração legislativa e, posteriormente, na interpretação e aplicação do Direito, enquanto que os segmentos sociais momentaneamente inferiorizados na luta política e ideológica não conseguem fazê-lo com a mesma eficiência e intensidade”. Freitas, Ricardo de Brito A. P.; Op.Cit.; pág.18.

sociedade como um todo. Parece-nos claro, por exemplo, que ao proteger a vida e a integridade física do indivíduo, o Direito Penal não busca privilegiar qualquer classe social em particular, mas atende ao anseio de toda coletividade em ver preservados tais bens jurídicos de fundamental importância para sua própria existência.

A relevância do Direito Penal também não pode ser diminuída em função da natureza marcadamente individual dos bens jurídicos que resguarda prioritariamente. Sabemos que os princípios fundamentais para o Direito Penal são aqueles inscritos na Constituição como garantias individuais. Ao seu lado, encontram-se relacionados os direitos humanos de natureza coletiva, sobretudo direitos econômicos e sociais. Porém, o caráter do Direito Penal não o torna secundário em relação aos demais ramos do Direito tais como: o Direito Civil, o Direito Agrário ou o Direito Urbanístico, que podem ter suas normas submetidas mais facilmente a uma interpretação inovadora na proteção de direitos fundamentais de cunho coletivo. Justamente por preservar, dentre outros bens jurídicos especialmente relevantes, a vida, a liberdade e a integridade física do indivíduo, o Direito Penal, sobretudo através de seus princípios básicos, constitui uma espécie de base para o uso alternativo de outros ramos do Direito. O simples fato de relacionar-se, primordialmente, à proteção de direitos individuais não diminui em nada, portanto, a sua importância.<sup>13</sup>

Na interpretação das normas penais entendemos serem necessários maiores cuidados por parte dos

13 Aliás, mencionando a importância dos chamados direitos individuais, assinalou em certa ocasião Eric Hobsbawm: "não os tratarei somente por direitos 'burgueses', tanto porque eles tiveram nítida influência que ultrapassou os limites de apoio ao liberalismo burguês - um bom exemplo disso é o *Rights of Man*, de Tom Paine - quanto também porque muitos dos direitos formulados no contexto do final do século XVIII ainda corresponde ao que a maioria das pessoas nas sociedades modernas desejam e precisam". Hobsbawm, Eric; *O Operariado e os Direitos Humanos* in *Mundos do Trabalho*; pág.415.

responsáveis do Direito. Lançar mão de modo indiscriminado de alguns métodos de interpretação e integração do Direito pode simplesmente provocar efeito oposto ao almejado pelo uso alternativo do Direito. O princípio da legalidade penal, por exemplo, não pode ser atropelado impunemente pelo intérprete desejoso de corrigir certas injustiças através do uso alternativo do Direito.

O princípio da legalidade, como sabemos, possui natureza constitucional, estando previsto em seu artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Consiste na proibição da retroatividade da lei penal, proibição de criação de crimes através do costume, proibição do uso da analogia *in malam partem* no tocante às normas incriminadoras e proibição da edição de normas penais vagas e imprecisas.

No tocante à sua finalidade, o princípio da legalidade visa a impedir que o indivíduo sofra as conseqüências de perseguições de toda ordem por conta do arbítrio estatal manifestado, inclusive, através dos tribunais.

Proporciona assim, o princípio da legalidade, maior segurança jurídica ao conjunto da sociedade, pois confere ao indivíduo a possibilidade de prever a reação estatal à sua conduta.

O Estado brasileiro, é incontestável, tem se mostrado bastante seletivo na aplicação da lei penal. São os desfavorecidos pelo sistema econômico vigente que ocupam as superlotadas celas dos presídios, penitenciárias e cadeias públicas pelo Brasil afora.

Significa com isso afirmar que o princípio da legalidade deve ser interpretado com especial rigor formal para que não se ofenda ainda mais a liberdade dos despossuídos. Assim, o uso alternativo da norma penal que consubstancia o princípio da legalidade por extrapolar os seus estreitos limites pode redundar em significativas injustiças. Por exemplo, aplicar analogia *in malam partem*

diante de uma situação em que a sociedade, as suas camadas mais desfavorecidas aplaudem maior rigor contra o infrator, pode acarretar no futuro ainda maiores injustiças contra elementos oriundos desses mesmos setores marginalizados, pondo em perigo o direito fundamental representado pela liberdade. Assim, não basta ao intérprete traduzir o Direito nos moldes desejados pela maioria da população para obter decisões judiciais efetivamente mais justas. A consciência coletiva, nos lembra por diversas vezes a história da humanidade, não pode ser elevada à condição de único critério para concretização dos ideais de justiça. Basta ver os crimes praticados em diversas épocas com respaldo da maioria da população.

Por outro lado, não resta dúvida que muitas vezes o abandono, por parte do intérprete, de uma concepção mais estrita, diria mesmo mais formal, do princípio da legalidade, conduz a decisões extremamente desfavoráveis aos indivíduos que, pelo seu perfil sócio-econômico, efetivamente terão maior probabilidade de ocupar as vagas existentes nas nossas prisões. A criação judicial do Direito Penal, sempre possível em princípio nos limites permitidos pelo exercício da interpretação, deve ocorrer sobretudo em benefício do agente, pelo uso do costume e da analogia.<sup>14</sup> Em desfavor do agente, no entanto, não se pode falar em uso alternativo do Direito, sob pena de desvirtuar-se a sua finalidade e os seus princípios fundamentais. Existem situações em que o intérprete, utilizando-se de critérios interpretativos que, em tese, poderiam ser utilizados para viabilizar um uso alternativo do Direito, e visando à preservação de bens jurídicos caros à sociedade, pode vir a atingir o princípio da legalidade

14 Lembra a respeito Maurício Antônio Ribeiro Lopes que "o costume tem sua utilização vedada, mesmo em benefício do réu, por estar limitado o Direito Penal, ainda que em formas não exclusivamente punitivas, à lei". Lopes, Maurício Antônio Ribeiro; *Princípio da Legalidade Penal*; pág.78.

formalmente concebido, como na situação em que se considera a arma de brinquedo com aparência de arma de fogo para ensejar a qualificação de crime de roubo ou veda-se o reconhecimento do crime continuado na hipótese da existência de lapso temporal superior a trinta dias entre o cometimento dos delitos.<sup>15</sup> Nessas situações, parece evidente que, extrapolando uma concepção mais estrita do princípio da legalidade, o intérprete, mesmo deslocando-se dentro dos limites de uma interpretação juridicamente aceitável, põe em perigo os interesses dos indivíduos oriundos das "classes perigosas", passíveis de sofrer um maior rigor por parte do Judiciário ao responder pela prática de delitos.

Observe-se então que, aquilo que em princípio traduziria uma maior liberdade por parte do intérprete em relação à norma, propiciando a possibilidade de criação judicial, pode redundar no âmbito do Direito Penal em uma aplicação da lei fortemente vinculada à necessidade de repressão social pura e simples.

Por outro lado, conforme assinalamos anteriormente, a própria existência de certos bens jurídicos de mais alta relevância protegidos pelo Direito Penal, sobretudo nos primeiros títulos da parte especial do Código Penal brasileiro, tais como a vida e a integridade física, não parecem permitir outra postura que não a de aplicação restrita das normas penais, com o máximo de vinculação por parte do responsável do Direito. Inclusive porque os indivíduos que sofrem efetivamente lesão nos referidos bens jurídicos são, segundo revelam os dados estatísticos, os membros das classes populares. Implicando o uso alternativo do Direito, pelo contrário, em um máximo de discricionariedade e até, segundo alguns autores, em arbítrio judicial, na medida que o juiz poderia julgar *contra*

15 Andreucci, Ricardo Antunes; *Direito Penal e Criação Judicial*; pág.84.

legem apelando para os princípios gerais do sistema, claro está que poderíamos nos deparar com situações concretas mas quais os próprios fins do uso alternativo do Direito viriam a ser desafiados pela interpretação “criativa” da lei proveniente do Judiciário.

As restrições acima oferecidas ao uso alternativo do Direito em matéria penal são, a nosso juízo, bastante graves, porém, nada comparáveis às que podem ser apresentadas no tocante à possibilidade de existência de um Direito Penal Alternativo.

As possibilidades de existência de um Direito Penal Alternativo são, ao meu ver, bastante problemáticas.

O Direito Alternativo possui, conforme assinalam os estudiosos do assunto, um caráter consuetudinário. Significa que, no campo penal, suas normas podem, em princípio, ser utilizadas para incriminar condutas e impor sanções. Porém, mesmo quando consubstanciam a esmagadora vontade e aprovação das comunidades de onde surgiram, as normas penais alternativas, embora legítimas, podem levar a situações de extrema perplexidade. Recordo-me agora, mesmo já não possuindo a referência documental, de situação investigada por dois pesquisadores cariocas. Tratava-se de um estudo levado a efeito em favela localizada em um morro do Rio de Janeiro. Os traficantes do lugar estabeleceram algumas regras de conteúdo “penal” com plena aprovação da população local no intuito de reduzir a prática de crimes na comunidade. Um furto, digamos, implicaria a aplicação da pena de produção de uma lesão através de arma de fogo na mão do infrator. Um roubo, dois tiros. Latrocínio, a morte. Buscava-se com isso reduzir a criminalidade comum no morro, aumentando o nível de segurança e tranquilidade da população.

A questão que deve ser colocada é a seguinte: a prática acima descrita mostra-se mais adequada à proteção

dos bens jurídicos essenciais que a desenvolvida dentro dos parâmetros do Direito “burguês” e da organização judiciária estatal?

Não me parece. Pelo contrário, mesmo tratando-se de “Direito” criado pelos excluídos e, portanto, por eles aprovado por satisfazer as suas necessidades prementes, não resta dúvida tratar-se de prática profundamente atentatória aos Direitos Humanos e que, em última análise, redunde em injustiças contra os próprios membros da coletividade.

Mas existem uma margem de discricionariedade e uma criação judicial no Direito Penal capazes de proporcionar um uso alternativo nos moldes revelados por este artigo?

A resposta parece ser positiva. O Direito Penal é cediço, possui lacunas como qualquer outro ramo do Direito. Colmatá-las de modo a reduzir as diferenças entre os fortes e os fracos no que tange ao rigor na aplicação da lei, diferenças estas decorrentes da atuação particularmente seletiva dos aparelhos repressivos do Estado, traduz um uso alternativo do Direito Penal.

Assim, pode o intérprete lançar mão da analogia *in bonam partem*, causas supraleais de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, o costume como elemento de interpretação, etc., tudo em favor do réu pobre que foi processado, por exemplo, por delitos contra o patrimônio praticados em decorrência de sua situação econômica, algo que jamais ocorreria com um indivíduo oriundo das camadas favorecidas da sociedade. Isto é uso alternativo do Direito em matéria Penal, inexistindo motivo de tanto escândalo por aqueles que, por malícia ou ignorância, negam aprioristicamente a possibilidade de sua existência, sem examinar com profundidade suas características essenciais.

Parece-me, dentro de limites teóricos já expostos, que uma decisão judicial fundamentada mediante o uso

alternativo do Direito Penal, através de um exercício hermenêutico mais criativo, é bem superior em termos de justificabilidade às decisões baseadas em medida de “política criminal”, conceito bem mais impreciso e afastado da legalidade estrita.

Quanto aos delitos cometidos pelos indivíduos socialmente bem posicionados, inclusive os chamados “crimes de colarinho branco”, bem..., nesse caso, alternativo mesmo em termos de Brasil é a aplicação estrita da lei penal e nada mais.

### Bibliografia

1. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1989.
2. ARRUDA Jr., Edmundo Lima. *Direito Alternativo – Notas sobre as Condições de Possibilidade* in Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1ª ed., 1991, páginas 71/98.
3. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2ª tiragem, 1978.
4. CARVALHO, Amílton Bueno de. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1ª ed., 1993.
5. CLÈVE, Clemerson Merlin. *Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo* in Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1ª ed., 1991, páginas 99/120.
6. FREITAS, Ricardo de Brito A. Pontes. *Os Juízes, a Hermenêutica e o uso Alternativo do Direito*. Recife: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, 1991.
7. GENRO, Tarso. *Os Juízes contra a Lei* in Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1ª ed., 1991, páginas 17/27.
8. HOBBSBAWN, Eric. *O Operariado e os Direitos Humanos* in Mundos do Trabalho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1ª ed., 1984, páginas 409/431.
9. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *O Princípio da Legalidade Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1994.
10. PRESSBURGUER, Miguel. *Direito Insurgente: O Direito dos Oprimidos* in Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1ª ed., 1991, páginas 09/16.
11. WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1ª ed., 1991.

## A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO

Sérgio Paulo Ribeiro da Silva  
Juiz de Direito – 1ª Vara Criminal Comarca de  
Serra Talhada, Estado de Pernambuco

O estupro, enquanto categoria jurídica, pressupõe o constrangimento da mulher à conjunção carnal, mediante o emprego de violência ou de grave ameaça. É, na expressão de Viveiros de Castro, o uso da mulher sem o seu consentimento. Por presunção legal, tem-se por presente a violência quando a ofendida é menor de catorze anos, artigo 224, letra “a”, do Código Penal. Assim, em tese, o simples fato de um homem maior de dezoito anos manter relações sexuais com uma menina menor de catorze anos, resta configurado o delito de estupro, já que presumida a violência.

Ultimamente, tem-se invocado a ausência de tipicidade nos casos em que a própria ofendida, embora menor de catorze anos, tenha confessado em juízo ter concorrido para o ato sexual de livre e espontânea vontade. Também está em moda, para justificar a conduta do acusado, abalar o conceito moral e social da ofendida, atribuindo a ela comportamento promíscuo ou o fato dela não ser mais virgem ou de já ser experiente nos assuntos do sexo. Ainda, para desconstituir-se a presunção, divaga-se quanto à compleição física e o desenvolvimento psicológico da menina, especialmente quando ela já está no limite extremo fixado na letra “a” do artigo 224 do Código Penal, prestes a completar seus catorze anos.

A questão central, entretanto, não gira em torno da presunção de violência (efeito), mas, na verdade, em torno da ausência de validade de eventual "consentimento" da menina menor de catorze anos na prática de ato sexual (causa). A ofendida pode até "consentir", mas a lei não considera válido esse consentimento e, portanto, suficiente para excluir o crime. A lei supõe que até essa idade a mulher não pode, validamente, dar seu consentimento. Por causa da pouca idade, não poderia a menina menor de catorze anos dispor de seu próprio corpo, pois ainda não teria ela, no dizer de Viveiros de Castro, bem nítida a compreensão do ato que afeta tão profundamente a sua honra e o seu futuro.

Por outro lado, como se sabe, a virgindade e a inexperiência não integram o tipo do crime de estupro. São elementares do crime de sedução, previsto no artigo 217 do Código Penal. Tanto é que a mulher casada ou até mesmo a prostituta podem vir a ser vítima no crime de estupro. Poderia, assim, argumentar-se que a experiência sexual anterior, conquanto não seja elementar do crime de estupro, seria uma circunstância que estaria a demonstrar seu entendimento nas coisas do sexo, e conseqüentemente, sua capacidade de querer e consentir na prática de ato sexual.

Teria, então, assim, a prostituta infantil ou juvenil a capacidade para consentir só pelo simples fato de ter mantido experiências anteriores ou fazer vida com o aluguel de seu corpo? A questão da prostituição infantil ou juvenil é uma questão que envolve apenas a menina prostituída? A conduta do homem adulto que se envolve com a prostituta infantil ou juvenil não tem significação para o Direito?

Nessa linha de interpretação, percebe-se que haverá um vazio ético na norma jurídica que validar o consentimento da menina menor de catorze anos com base na

sua vida pregressa e que legitimar a conduta do homem adulto que faz sexo com meninas, sejam ou não prostituídas. Haverá, também, uma inversão de papéis onde a menina deixa sua posição de ofendida para ocupar, sozinha, o lugar de culpada.

Também não vejo como possa prosperar a tese da inexigibilidade de conduta diversa segundo a qual, o homem adulto diante das propostas e provocações da própria ofendida, não tem como nem pode resistir a elas. Ora, se os princípios morais e éticos que informam a formação do homem adulto não são capazes de conter sua libido ou deixar arranhar sua boa fama de macho, deve, no entanto, arcar com os riscos decorrentes de sua decisão de se envolver com menina menor de catorze anos, quando poderia envolver-se com mulher com idade compatível com a sua. Por que, logo, uma menina?

Argumenta-se, de outro lado, que a lei penal desatualizou-se já que a sociedade moderna incorporou novos valores, novos modelos de comportamento, especialmente com a explosão dos meios de comunicação que encharcam todos os lares com os mais diversos tipos de informações, inclusive sobre sexo.

Sem qualquer apego aos valores e hábitos do passado, não vejo como, juridicamente, negar vigência à norma do artigo 224, letra "a" do Código Penal. Primeiro porque não houve revogação da norma. Segundo porque a necessidade de proteção à criança e ao adolescente não envelheceu, ao contrário, revitalizou-se com a promulgação da Constituição de 1988, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da Lei 8.072/90 (crimes hediondos), que determinou até um acréscimo na pena aplicada aos casos de crimes contra os costumes envolvendo menores de catorze anos. Todas essas construções legislativas são recentíssimas e deixam clara a opção política de proteção à criança e ao adolescente.

Aliás, no Direito brasileiro, a menina menor de catorze anos que vier a perpetrar um delito de homicídio, por exemplo, deverá receber do Estado tratamento diferenciado do adulto, tanto no aspecto do processo como da sanção, pois leva-se em conta que o seu desenvolvimento físico, psicológico e moral não está acabado. Ora, se não está acabado enquanto é apontado como infrator, por que estará quando for vítima? A defesa dos interesses do menor não se deve apenas quando figurar como infrator, mas, sobretudo, quando vítima.

Pela mesma razão é considerada absolutamente incapaz para exercer, pessoalmente, atos da vida civil e para contrair casamento e está subjugada ao pátrio poder de seus pais, artigos 5º, 183-XII e 379, todos do Código Civil. Se não pode consentir, por si própria, para casar-se, onde estará presente a sexualidade, poderá então, validamente (sob aspecto jurídico), consentir na prática de sexo fora do casamento?

Observe-se que a fixação de um limite de idade em si, em que não se considera válido o assentimento da menina para a prática de ato sexual, não é a questão fundamental que se põe em cheque. O que se questiona é o “*quantum*” desse limite, especialmente quando a ofendida está no limite extremo fixado na letra “a” do artigo 224 do Código Penal, prestes a completar seus catorze anos é que abre-se a oportunidade para especular-se sobre o tema, como que pretendendo reduzir esse limite. Mas, para quanto? Para doze? Para dez? Que critérios objetivos e científicos informariam qual o novo limite mínimo?

O certo é que não há como posicionar-se contra um limite mínimo, pois também não há como defender-se um eventual “assentimento” de uma menina que conte com apenas cinco, ou oito, ou dez anos de idade, na data do ato sexual. Não há como suscitar-se qualquer dúvida sobre a ocorrência de violência (que na verdade não seria nem presumida, mas real).

Sobre outra ótica, não se pode deixar de considerar que toda essa discussão gira apenas em torno daquele homem adulto que praticou sexo com menina menor de catorze anos sem intenções de casamento. Fez sexo por fazer. Não estamos a tratar daquele que cuida de amparar a menina, que zela por sua boa fama, casando-se com ela, pois, afinal, para esse homem o próprio Direito prevê uma sanção premial, pois que o seu casamento com a ofendida é tido como causa de extinção da punibilidade (artigo 107, inciso VII, do Código Penal), afastando a possibilidade de processo e condenação.

Posta a questão nestes termos, nada que se disser sobre a pessoa ou a honra da vítima menor de catorze anos, terá idoneidade jurídica para desfigurar a existência do delito de estupro. Considero, no entanto, que o comportamento da vítima deve ser objeto de análise na aplicação da pena, considerando-se princípios de vitimologia e, assim, a sanção para os casos de estupro presumido deve sofrer diferenciação dos casos de estupro não presumido, que pode vir a ser, inclusive, mais branda, dependendo do caso concreto.

Entretanto, a lei penal brasileira, tal como está posta, deixa, em certos casos, o magistrado engessado e impossibilitado de realizar a aplicação da pena mais justa. É que se não bastasse o fato da pena mínima cominada ser bastante elevada e quase próxima à máxima, que vai de SEIS a DEZ anos de reclusão (artigo 213 do Código penal), destina-se ela tanto aos casos de estupros com violência presumida como aos de violência real, como se, de fato, fossem duas situações absolutamente iguais.

Se não bastasse, o artigo 9º da Lei 8.072/90, ainda impõe que à pena aplicada seja acrescida de metade, para os casos que envolver menores de catorze anos de idade, exatamente onde está o caso de violência apenas presumida, onde, deixando de lado os fatos envolvendo crian-

ças, em muitos casos, apenas o consentimento da vítima não foi considerado válido e suficiente para excluir a culpa do agente. Para a lei, o delito é considerado hediondo e, ainda, impõe uma execução da pena indiferenciada para essas situações.

Desse modo, a lei, dependendo do caso concreto, pode está dispensando um tratamento mais brando ao autor de estupro que age com violência real, e punindo, com excesso, aquele que apenas não pôde contar com a validade do consentimento de sua parceira.

Nesse particular, se existe necessidade de mudanças é exatamente na cominação das penas, na flexibilização de sua aplicação e, também, na sua forma de execução. Penso que a questão central não está na existência de limite ou na sua fixação em catorze anos de idade.

## FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO

Solange Souto e Cláudio Souto

Professores de Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

### SUMÁRIO

1. O novo momento de controle social pelo direito. 2. A crise atual do "direito positivo". 3. A necessidade de mais direito formalizado. 4. A importância do controle social informal e do sentimento e da idéia de justiça como controle informal. Bibliografia.

### 1. O novo momento de controle social pelo direito

Um novo momento parece se anunciar para o direito. Momento em que este seja menos tendencioso e mais semelhante para todos. O caminho é a ciência. Pouco a pouco o jurídico, como algo cientificamente embasado, faz-se notar como instrumento de controle social de grande importância. À medida que as sociedades tornam-se complexas, os seus grupos multiplicam-se e se constituem de caracteres diversos que os identificam aos demais. Valores, crenças ideais próprios de cada grupo, formam-se em meio a tal ambiente social heterogêneo. A sociedade busca então um tipo de controle social que atue da maneira mais independente e objetiva possível quanto a esses valores, crenças e ideais não raro conflitantes. E a sociedade humana de nossa época, pressionada pela penúria e ainda sob a ameaça de conflitos nucleares, necessita, para sua própria subsistência e desenvolvimento, desse tipo de controle social.

É a vez do direito, construído com base em dados de conhecimento científico, servir de controle social. Para o menor condicionamento ideológico possível, valer-se-á de saberes científicos empíricos diversos, os quais serão aplicados de modo rigoroso a cada caso, com a devida correção da equidade. Pois a demasiada ênfase formalista atual sobre um corpo de leis escritas e rígidas, corre o risco de causar erros gravíssimos. Um controle ineficaz poderá provocar, num meio heterogêneo onde as atitudes e modos de agir são variadíssimos, acentuado mal-estar.

Isso para não insistir sobre o perigo tão citado de inadequação de um corpo de preceitos coercíveis rigidamente formulado numa época social em constantes mutações básicas. Podendo ocorrer ainda que, no momento da aplicação do conteúdo normativo, a solução prescrita não se enquadre com determinados casos – e seria surpreendente que um corpo de regras pré-formuladas pudesse ser completo. Ou seja, além de uma dissonância em relação ao tempo de aplicação, há ainda por considerar a natureza incompleta do corpo de normas coercíveis, pois nenhum sistema de regras, por mais pleno que possa ser, abarcará uma realidade social complexa em constante mudança. De fato, a sociedade humana, embora não se possa desconhecer as influências dos fatores biológicos e físicos, deve a sua integração ao nível mental do homem. Daí ser essa integração frouxa e sujeita a mudanças constantes.

O velho *jus civile* romano, até certo ponto, no que se refere à sua elaboração, é mais novo do que o nosso chamado “direito positivo” atual. Pois, como lembra Ehrlich, temos ali, em uma unidade, ciência jurídica e regra jurídica, sendo que ali “as decisões (...) não são baseadas nas regras jurídicas, mas as regras jurídicas são deduzidas nas decisões. O direito no qual as decisões se baseiam é o *jus quod est*. Paulus, que podia ainda observar o trabalho

real de um direito vivo dessa espécie, põe concisamente o que aprendeu da experiência real na famosa máxima: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fit*. As decisões são mais velhas que as regras – o direito dos juristas mais velho e incomparavelmente mais rico que o direito dos legisladores” (Ehrlich, 1951: 447).

## 2. A crise atual do “direito positivo”

Já escrevia Helen Everett que “com a complexidade crescente da organização social, particularmente no desenvolvimento urbano, a necessidade de regulamentações estatutárias aumentou”(1963:346). Mas o atual “direito positivo” formalizado nem por isso tem atendido às expectativas das sociedades complexas. Essa crise do “direito positivo” talvez não seja acentuada ainda porque “o público geral é, na maior parte, ignorante quanto ao processo diário de execução coercível do direito, exceto com respeito a poucos casos dramáticos que são largamente divulgados. A função social da punição parece depender, mais do que os homens acreditam sobre a operação de justiça do que sobre o que eles sabem a respeito dela. O conhecimento acurado e muito difundido poderia muito bem solapar a crença na justiça”(Green, 1960:554-555).

Permanece o decantado hiato entre as ciências sociais e as ciências físicas, no sentido do bem mais considerável desenvolvimento nas ciências físicas. Os resultados obtidos por essas ciências têm possibilitado um vasto controle do homem sobre áreas até há pouco desconhecidas. No entanto, o homem, esse mesmo homem que tanto sabe controlar objetos de matéria exterior, não soube ainda controlar, pelo menos de modo mais completo, os problemas fundamentais relacionados diretamente com ele próprio. Isto é, conseguiu-se, relativamente, controlar de modo científico elementos de natureza não-humana,

mas não se conseguiu, de modo análogo, controlar a natureza humana.

Esperou-se que o conhecimento jurídico fornecesse satisfatoriamente às sociedades o controle social básico, o “mínimo ético” tão importante para manter e desenvolver a organização social humana. Porém esse conhecimento não se modificou com o renovar das sociedades, que também não puderam se atualizar em todo complexo sistêmico. O não-desenvolvimento de uma ciência do direito, nos sistemas das sociedades, mantém uma realidade social particular normada em atraso, atraso esse que afeta o comportamento social total.

Como escreve Piaget, “a autoridade como tal não pode ser a fonte da justiça, porque o desenvolvimento da justiça pressupõe autonomia. (...) A autoridade adulta, mesmo se atua em conformidade com a justiça, tem portanto o efeito de enfraquecer o que constitui a essência da justiça. Daí aquelas reações que observamos entre as crianças menores, que confundiam o que era justo com o que era lei (*law*), lei sendo tudo o que for prescrito pela autoridade adulta. A justiça é identificada com regras formuladas – como na verdade o é na opinião de muitos adultos, de todos, a saber, que não conseguiram colocar a autonomia de consciência acima do preconceito social e da lei escrita (*written law*)” (Piaget, 1962:319).

Mas já se começa a perceber que “a precisão e a generalidade das regras de direito poderiam revelar-se como mais formais do que reais”, com uma sua “reinterpretação dinâmica e variável” pelos policiais, juízes e administradores” (Belley, 1993:115).

A crise do “direito positivo” formalizado transparece atualmente mesmo quando a lei estabeleça critérios numéricos, que pareceriam seguros porque numéricos. Essa crise torna-se cada vez mais nítida não só em virtude desses critérios quantitativos poderem variar de legislação

para legislação – o que tradicionalmente já se notava – mas sobretudo porque sua aplicação em um determinado país não é necessariamente unívoca, ao contrário do que se poderia acreditar. O que sociologicamente não admira, em época marcada por mudanças profundas, como a nossa (em geral, sobre a idéia hodierna de indeterminação das decisões quanto ao direito, sejam essas decisões legais ou judiciais, cf. Arnaud e Fariñas Dulce, 1996:24-25 e *passim*).

Assim, na hipótese legal brasileira do crime de estupro com presunção de violência, quando se presume a violência se a vítima não é maior de quatorze anos (Código Penal, art. 224, alínea *a*), o Supremo Tribunal Federal entendeu de modo contrário ao critério legal numericamente exposto. De fato, esse Tribunal, em 21.5.1996 (Habeas Corpus n.73662-9, Minas Gerais), sendo relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, estabeleceu que “nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas”. O STF não lastreou sua decisão em conhecimento científico-empírico explícito.

Já bem anteriormente os Juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal do Estado de São Paulo, sendo presidente e relator Adriano Marrey, acordaram, por maioria de votos, em 22.4.1974, pela descaracterização da presunção legal de violência, pois segundo essa Câmara, a vítima, apesar de menor de 14 anos, teria seduzido o acusado. Nesse entendimento, “a presunção de violência constante do item *a* do art. 224 do Código Penal é apenas relativa, conforme proclamado na doutrina e na jurisprudência”. (RT 466/331, *apud* Oliveira 1996:330-332). Não há, também aqui, qualquer informação científico-empírica explícita fundamentando a decisão.

A crise do formalismo dogmático tem levado nossa legislação a uma postura mais avançada, embora ainda

vaga e um tanto subjetivista. Assim, a lei nº 7.244 de 7.11.1984, que estabeleceu o juizado especial de pequenas causas, determina em seu artigo quinto que “o juiz adotarà em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigência do bem comum”- dispositivo esse de idêntico teor ao do artigo sexto da lei nº 9.099/95, que instituiu os juzizados especiais cíveis e criminais.

Tudo faz acreditar que a descrença de muitos no conhecimento do direito como ciência, venha a permanecer ainda durante algum tempo, pois tudo indica que o preconceito contra o conhecimento jurídico como ciência já se firmou, mesmo, entre cientistas. Preconceito esse que prejudica o desenvolvimento do conhecimento do direito de uma fase dogmática, logicista, dedutivista, para uma fase científica, indutiva, experimental. O saber jurídico, com efeito, parece ser tido por uma grande maioria de homens de ciência como técnica e arte, pois como lógica, técnica e arte tem-se usualmente portado. Mas é razoável que se comece a ver também o conhecimento do direito como a ciência social que começa a ser, e ciência esta com a possibilidade de ser estrategicamente informativa para a prática jurídica.

### 3. A necessidade de mais direito formalizado

À medida que a ciência mais avança e que os seus conhecimentos tornam-se acessíveis a uma parte maior da população, mais se evidencia a necessidade de um controle científico para uma aplicabilidade eficiente da moderna tecnologia que surge. Um controle de ordem filosófico-moral ou religioso-moral não conseguiria atingir áreas sociais onde certos conhecimentos respectivos não fossem reconhecidos. E, de fato, há filosofias e religiões, no plural. Tudo parece indicar que somente o conhecimento científico, no estágio atual da humanidade, possa

controlar mais consensualmente o próprio conhecimento científico – por sua associação com o sentimento humano de justiça.

Para esse tipo de controle específico, uma ciência social do direito atuará em primeira linha no fornecimento de dados científicos- a começar pela própria definição sociológica do direito – unindo-se porém seus dados aos de todos os outros saberes científico-empíricos que possam interessar a uma determinada regulamentação jurídica de conduta social.

O Estado – apesar de ser apenas um dos inúmeros grupos sociais, e apesar de que “grupos sociais de todo tamanho têm seus ordenamentos (“Ordnungem”), os quais desempenham as mesmas funções que, em outro nível, o direito estatal”(Röhl, 1987:218, Nöth, 1993:23) – é, ninguém o nega, uma unidade coletiva de grande relevo em nossas sociedades. Em consequência, a força das formas de coercibilidade estatal é um controle social básico. Como nota Parsons, “... o uso da força é talvez a mais séria fonte potencial de quebra da ordem nas relações sociais. Por essa razão, em todas as sociedades ordenadas há pelo menos um monopólio qualificado dos usos mais sérios da força física. Este monopólio qualificado é uma das características primárias da organização política, em suas formas mais altamente desenvolvidas conduzindo ao Estado”(1962:60).

Assim – sendo indispensáveis, em nossa época e em nossas culturas, as formas de coercibilidade estatal – parece ser também, como vimos, exigência de nossas sociedades civilizadas atuais, que o conteúdo dessas formas esteja, tanto quanto possível, em consonância com dados de conhecimento científico-empírico e com o sentimento humano de justiça. Ou seja: *necessita-se de mais direito como conteúdo das formas de coercibilidade estatal*. Ou ainda: *necessita-se de mais direito formalizado*, numa

época, em nossas sociedades, que parece ser bem mais, ainda, o tempo da predominância da força formal do “direito positivo”, a valer qualquer que seja seu conteúdo, do que o momento do conteúdo “direito”. Não admira que esse “direito positivo” não esteja respondendo satisfatoriamente às solicitações sociais.

A tendência, com efeito, parece ser claramente no sentido da existência de mais direito como conteúdo de formas estatais de coercibilidade, inclusive de formas judiciais de coercibilidade. Como já observava Bernard: “Embora seja difícil para o embaraçoso e algo obtuso sistema de justiça prática, tal como administrada nas cortes, utilizar, em um grau adequado, as descobertas da ciência ética e social, e da ciência em geral, a tendência é positivamente nessa direção. Novos apoios e instrumentos estão constantemente sendo oferecidos às cortes, por psicólogos, educadores e sociólogos para fazer mais efetivos tais esforços. Há uma tendência perceptível da parte das cortes, embora geralmente conservadoras, no sentido de fazer uso dos mais simples desses instrumentos. Finalmente nós podemos esperar ver o próprio direito desenvolvido numa verdadeira ciência social em lugar de seu presente *status* de predominantemente um corpo de precedentes acumulados e uma mixórdia de opinião legislativa mais ou menos facciosa (*partisan*)” (1939:583-584). E é sintomático o que escrevia, já na década de 60, em relação aos Estados Unidos, Winick: que “nas últimas duas décadas, os advogados compreenderam que dados e critérios psicológicos podiam ser citados (...) tão efetivamente como materiais sociológicos e econômicos” (1963:46).

Note-se que o direito quando seja formal, quando seja direito estatalmente coercível, condensa nada menos que três manifestações fundamentais de controle de nossas sociedades, o sentimento, a idéia e a força. Mais ainda: é

norma em consonância com o sentimento de justiça e com idéia cientificamente adequada que se instrumentaliza da força estatal. Sua influência social será, então, acentuadíssima.

Mas a influência social do direito parece acentuada ainda quando seja ele apenas regra em consonância com o sentimento humano de justiça e com idéia cientificamente adequada, isto é, quando seja apenas direito informal, direito não revestido de coercibilidade estatal e tendente a essa coercibilidade. É o que veremos a seguir.

#### 4. A importância do controle social informal e do sentimento e da idéia de justiça como controle informal

O controle exercido pelo mero jogo de forças elementares, surgido espontaneamente em toda parte, é a forma mais fundamental e simples do controle. Até certo ponto é natural que se possam manipular essas forças, porém este último controle só se consegue até certo limite, dada a própria natureza humana, quando em resposta cultural às suas necessidades essenciais. Daí a importância da opinião política pública como suporte de governos, por mais despótica que seja a forma governamental. Ou, em palavras de Park e Burgess: “É possível (...) confundir ou desencaminhar a opinião pública, porém nem o rei, nem o chefe, desafiarão, se prudentes, os *mores* e o senso comum da comunidade” (Park and Burgess, 1942:786-787).

Na mesma linha de pensamento Helen Everett, que aliás destacava, como o fato mais característico do período moderno, a grande multiplicação de agências voluntárias extragovernamentais de controle social (comitês, sociedades, corporações, associações, clubes, conferências, ligas, organizações, institutos, fundações e agências). Para Everett, “a regulação pela lei tem para o indivíduo médio

menos proximidade e significação que uma multidão dos controles mais informais que o cercam, tais como, por exemplo, as agências de informação e comunicação – o jornal, a revista, o rádio e o cinema. Essas influências penetrantes são largamente responsáveis pela construção da complexa coisa chamada opinião pública. Elas moldam as mentes dos homens e formam seus gostos em tudo, da espécie de palavras que usam às atitudes morais que adotam e às coisas que querem comprar” (Everett, 1963:346-347).

Analogamente, Fichter via o controle social como uma extensão do processo de socialização. A uma de suas classificações gerais do controle social correspondente o que ele chamou de controles formais e não-formais. Este último tipo são precisamente aqueles controles sociais mais sutis, porém igualmente efetivos. “São empregados para constringer a aplicar o gênero de comportamento que “cada um sabe” deve cumprir-se e para proibir modelos que são manifestamente desaprovados do ponto de vista social. Os controles não-formais operam positivamente pelo aplauso o por outras marcas de aprovação, assim como por gestos como um sinal de cabeça ou uma palmada nas costas. Negativamente, manifestam-se pela zombaria, pelo assobio, pelo ridículo” (Fichter, 1960:330).

Numa pesquisa clássica relatada por Warren Breed (*Controle social na sala de jornal*), tem-se a existência de uma política de jornal, onde se observa a conformidade a normas de programa de ação (*policy*), que algumas vezes não são claras, como também outras vezes são vagas e não estruturadas. Entre as razões para conformidade ao programa de ação vamos encontrar: (1) sentimentos de obrigação e estima por superiores, e (2) aspirações de mobilidade.

É interessante notar nessa pesquisa que é a socialização o primeiro mecanismo promovendo

conformidade dos membros do pessoal. “Sociologicamente, isso significa que eles se tornam socializados e ‘aprendem as coisas’ (*learn the ropes*)’ como um neófito em qualquer subcultura. Basicamente, a aprendizagem de programa de ação é um processo pelo qual o recruta descobre e interioriza os direitos e obrigações do seu *status* e as normas e valores deste último. Ele aprende a antecipar o que se espera dele, com o propósito de ganhar recompensa e evitar punições” (Breed, 1961:582-588). De fato, na pesquisa que estamos apreciando, o grupo social investigado mostra claramente o seu funcionamento estrutural como sendo sustentado por controles sociais informais.

De outra parte, em estudos sobre o comportamento de indivíduos como membros de organizações, o que se destaca é “que as regras e padrões, as ordens e controle que influenciam uma muito grande porção de comportamento dos membros de organização, não foram estabelecidos pela organização formal ou pelos membros da hierarquia diretiva (*managerial*). Ao invés, esses elementos de organização eram componentes do que agora veio a ser chamado a organização informal. Eles não são formalmente prescritos por uma autoridade central, *legal* (*legitimate*), mas, antes, surgem da situação e têm suas raízes nas necessidades e exigências das pessoas” (Litterer, 1965:139).

Um trabalho que merece atenção especial, principalmente porque oferece novas perspectivas quanto à influência recíproca entre organizações formais e informais, é o estudo de Homans sobre pequenos grupos. Nesse trabalho, o Autor chega a escrever o seguinte a respeito do controle social: “Todos temos a sensação de que, em última instância, o controle social é uma questão de sentimentos individuais” (Homans, 1963:306).

Sobre o que nos interessa aqui mais especificamente, o senso do justo e do injusto, enfatizava o sociólogo Fichter que “toda pessoa social normal tem o *senso desenvolvido do justo e do injusto*. (...) Do mesmo modo que as aptidões fundamentais a conhecer e a julgar, o sentimento de base do justo e do injusto é uma qualidade humana (...) eis a última, se bem que não a única, explicação pessoal do fato de que os homens se submetem ao controle social” (Fichter, 1960:332).

De modo corajoso observava Cowan que no mundo científico moderno a função do sentimento (*feeling*) foi atrofiada. E insistia esse Autor: “Quero apenas que os cientistas sociais examinem a vida de sentimento de direito para verem o que podem fazer com ela ou o que ela faz a eles” (Cowan, 1962:102 e 104).

Notando muito bem Homans, do ponto de vista da idéia de justiça: “...nunca se me diga que noções de justiça não são uma forte influência sobre a conduta, embora nós sociólogos freqüentemente as negligenciemos. A justiça distributiva pode ser uma das condições de equilíbrio do grupo” (Homans, 1962:290).

Essa negligência aludida por Homans em parte explica-se pelo fato de a Sociologia do Direito então, e de certo modo ainda hoje, não ter de todo ultrapassado a fase de insistência programática em que o fenômeno jurídico pode ser estudado empiricamente. Assim é que Parsons afirmava abstratamente. (...) É um conjunto de regras que se situa em certas relações totalmente definidas com coletividades específicas e com os papéis de indivíduos nela” (Parsons, 1962:57)

Lembrando a clássica pergunta “*Quis custodiet ipsos custodes?*”, Lévy, Jr., entendeu que uma sociedade apenas baseada na força seria uma contradição em termos: “A força é uma sanção, mas nunca a essência de uma sociedade” (Lévy, Jr., 1964: 139-140).

Poder-se-ia acrescentar em perspectiva semelhante: a essência de uma sociedade não está no controle formal, mas no controle social informal. E, dentro do controle social informal, haverá um controle informal essencial pelo direito.

## Bibliografia

- ARNAUD, André-Jean, FARIÑAS DULCE, Maria José. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- BELLELY, Jean-Guy. “Contrôle social”. In *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. sous la direction de André-Jean Arnaud. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- BREED, Warren. “Social control in the newsroom: a functional analysis”, in *Sociology, the progress of a decade*. eds. Seymour M. Lipset, Neil J. Smeler. Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, Inc., 1961.
- COWAN, Thomas A. “What law can do for social science”. In *Law and Sociology*, ed. William M. Evan. New York, The Free Press of Glencoe, 1962
- EHRlich, Eugen. *Fundamental principles of the Sociology of Law*. Trad. Walter L. Moll. New York, Russel & Russel, Inc., 1962.
- EVERETT, Helen. “Social control”, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*. Editor-in-chief Edwin R. A. Seligma, Associate Editor Alvin Johnson. V. 4. New York, The MacMillan Company, 1963.
- FICHTER, Joseph H. *La sociologie*. Trad. Giovanni Hoyois. Paris, Editions Universitaires, 1960.
- GREEN, Arnold W. *Sociology: an analysis of life in modern society*. New York, McGraw-Hill Book Company, Inc., 1968.
- HOMANS, George C. *Sentiments and activities, essays in social science*. New York, The Free Press of Glencoe, 1962.
- HOMANS, George C. *El grupo humano*. Trad. por Mireya Reilly de Fayard. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- LEVY, Jr., Marion. *The structure of society*. New Jersey, Princeton University Press, 1964.
- LITTERER, John A. *Organizations: structure an behavior*. New York, John Wiley and Sons, Inc., 1965.
- NÖTH, Wilhelm. *Rechtssoziologie: Inhalte und Probleme im Überblick*. Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1993.

- OLLIVEIRA, Juarês Cordeiro de. *Dos crimes contra os costumes: legislação anotada, jurisprudência na íntegra, prática forense*. São Paulo, Éfeta Editora, 1996.
- PARK, Robert E., BURGESS, Ernest W. *Introduction to the science of sociology*. Chicago, The University of Chicago Press, 1942.
- PARSONS, Talcott. "The law and social control", in *Law and sociology*, ed. William M. Evan. New York, The Free Press of Glencoe, 1962.
- PIAGET, Jean. *The moral judgement of the child*. Trad. Marjorie Gabain. New York, Collier Books, 1962.
- RÖHL, Klaus F. *Rechtssoziologie*. Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 1987.
- WINICK, Charles. "A primer of psychological theories holding implications for legal work" *The American Behavioral Scientist*, v. VII, n.4 December, 1963.

## A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO

**Valéria Maria Cavalcanti Lins Lemos**

Professora da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, disciplinas Criminologia e Direito Penal Complementar. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFGO. Foi professora titular de Deontologia Jurídica e Odontologia Legal da Faculdade de Direito de Anápolis - GO.

### SUMÁRIO

1. Apresentação: 1.1. Uma nova ética; 2. Fato, Valor e Norma: 2.1. Considerações preliminares; 3. Os fatos novos e a ordem jurídica: 3.1. Sociologia criminal aplicada à teoria geral do direito; 4. Considerações finais: 4.1. A justiça e a valoração jurídica; 5. Bibliografia.

### 1. Apresentação

#### 1.1. Uma nova ética

O problema do mal, é um dos mais centrais do homem moderno. Nenhum apelo a velhos valores e paradigmas nos impede reconhecer que vivemos num mundo em que o mal no homem, que se levanta gigante das profundezas, nos coloca a todos sem exceção diante da pergunta: como poderemos frear ou amenizar esse mal?

Ao surgir uma nova ética como exigência ao homem de ser responsável como unidade, o princípio da perfeição é sacrificado em benefício da totalidade. A ética total defronta-se com uma imperfeição, que abarca o ho-

mem, o mundo e a divindade, pois a divindade é inclusive imperfeita, porque é, à medida que implica, em si, o princípio da contrariedade. A derrocada da velha orientação de valores e a correspondente destronização do homem, levaram a uma situação psíquica caótica. A crescente percepção do geral do limite humano, nos próximos séculos, talvez nos leve a um aumento do sentimento humano de solidariedade e ao reconhecimento da estrutura humana fundamentalmente unitária, apesar de toda diferença.

Este processo, constitui parte de um fenômeno mais amplo que é o controle social, entendido como a totalidade de instituição e sistema normativos, que mediante processos seletivos procura obter a aceitação e a manutenção da ordem social vigente.

A própria crítica movida ao direito penal que mantém a desigualdade tanto no momento de estabelecer os bens a serem protegidos quanto na punição às condutas que ofendem a esse bem, assim como os dados para elaboração de uma política criminal social de combate à violência, consolidaram a autonomia da criminologia diante da ciência penal, tanto em nível teórico, como em nível prático.

Mas aqui no Brasil devemos admitir que a criminologia continua numa posição de subalternidade em relação ao direito penal e isso enfocamos sob dois aspectos:

- 1º O número insuficiente de especialistas na matéria;
- 2º Em algumas Faculdades de Direito a matéria de Criminologia é facultativa e em outras nem existe.

Na atual situação de violência generalizada e institucionalizada em que vivemos, onde nosso cotidiano depara-se com extermínio de crianças, fome e desemprego, necessitamos de uma ciência que sob o cunho criminal e sociológico seja capaz de revelar melhor essa cruel realidade.

É no estudo da Epistemologia Jurídica que se situa o estudo das relações entre Ciência do Direito e Sociologia Criminal, mas, nos limites essenciais à determinação da juridicidade, bastará dizer que a bilateralidade atribuída, põe em evidência a socialidade do juiz.

Como bem enfatiza Reale: "*por ser perene atualização do justo, o Direito é condição primeira de toda a cultura, e nisso reside a dignidade da Jurisprudência*".<sup>1</sup>

Diante da complexidade filosófica que apresentam os três elementos deste item, exemplificaremos no contexto a norma e o valor no âmbito penal, reservando o tema "fato" para o item seguinte (3) como mandamento deste trabalho.

Abordaremos, de forma rudimentar a complexidade que é a Sociologia Criminal, tendo em vista alguns fatores criminôgenos modernos em que os fatos como tais, novos, confundem-se diante da inversão de valores e conseqüentemente da ausência de normas.

## 2. Fato, valor e norma

### 2.1- Considerações preliminares

Nos diz Batalha, em sua Teoria Geral do Direito, citando Aftalion, Garcia, Olavo e Vilanova (Op. Cit.II, p.100), "*que as valorações comunitárias praticamente sempre estabeleceram distinções axiológicas, em virtude das quais certos atos ilícitos são especialmente considerados mais perigosos e lesivos que outros, com relação às condições que tornam possível a convivência pacífica e a tranquilidade social*" (pp. 94-98)

A Doutrina nos demonstra que, por outro lado, há em toda a sociedade elementos de mero fato, que contribuem para a ordem social, sem que possuam qualquer ín-

1 REALE, Miguel. Cap. XLII – Conceito de Direito e Vales de Convivência. P. 695.

dole normativa. Uma realidade diz-se ética ou normativa quando só se compreende do ponto de vista da norma, do dever-ser.

*"Toda a ordem normativa é uma ordem violável, no sentido próprio. Pode o homem adequar ou não a ela a sua conduta sem que a sua rebelião, enquanto não se propagar no todo social, põem em causa a validade da regra".<sup>2</sup>*

A Teoria do Direito Penal, por exemplo, distingue tradicionalmente, duas espécies de problemas: os relativos ao direito de punir e os relativos ao fim da pena.

O problema do fundamento do direito de punir formulou-se, pela primeira vez, numa época em que não existia ainda, em face do indivíduo, um Estado fundado numa vontade coletiva, na vida do qual aquele tomasse uma parte ativa. Foi durante essa situação que se sentiu a necessidade de justificar, em nome dos fins do Estado, as penas impostas aos diversos delitos.

*"O homem nunca pode ser tratado como simples meio ao serviço de outro homem, nem confundir-se com as coisas que são o objeto dos direitos, por que contra isso protesta a sua qualidade inata de pena" (Kant).*

Mas, precisamente, o Estado não é, em face dos indivíduos, senão esse outro, a cujo fim se pretende sacrificar o indivíduo. Sendo assim, de duas únicas maneiras se julgou possível justificar as penas, ou admitindo que elas eram aceitas e queridas pelos próprios criminosos, ou admitindo que estes as tinham merecido."<sup>3</sup>

Se analisarmos o Direito como fenômeno social, segundo a conceituação de Paulo Dourado de Gusmão, é ele, *"o fenômeno que exerce, como todo fato social, pres-*

*são sobre seus destinatários, e que recebe o sentido que lhe dão as épocas e civilizações."*

H. Levy – Brulh, afirmam que o direito está situado no centro da vida social, tendo um caráter social mais acentuado que outros fenômenos sociais. As suas regras não fazem mais do que exprimir as relações sociais tais como o grupo as apresenta.

Toda cultura é histórica e não pode ser concebida fora da história. Examinando as diferentes expressões da cultura no tempo, verificamos que elas são governadas pela apreciação dominante de um valor em relação a outros. Este fato é devido a serem os valores suscetíveis de ordenação ou de hierarquia, enquanto que os objetos ideais não se ligam entre si por uma subordinação hierárquica, tal ligação não só é possível, como é necessária no mundo dos valores. Os valores não estão isolados uns dos outros como sustenta N. Hortmann, mas se ordenam de forma gradativa. Podemos mesmo dizer que os valores são ou subordinantes ou subordinados, terminologia esta, no fundo correspondente àquela que distribui os valores em fundamentais e secundárias.

Surge aqui desde logo, um problema: haverá valores subordinantes absolutos, ou os valores são todos relativos a cada momento da história humana, dependendo das circunstâncias mutáveis da vida social? Há um valor que deve ser suplantado, valor fundamental ou valor-fonte, como condição que é de todos os demais valores. Trata-se daquele que chamamos *"valor da pessoa humana"*.

Del Vecchio, nos fala em sua obra *"Lições de Filosofia do Direito"* sobre a natureza humana como fundamento do Direito e a Criminologia, indubitavelmente como Ciência multidisciplinar, lida com o objetivo humano em 3 esferas: o crime, o criminosos e a criminalidade, e daí, o estudo da mencionada multidisciplinariedade da natureza humana em seus aspectos e fatores influenciáveis.

<sup>2</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Teoria Geral do Direito, págs. 22 e 23.

<sup>3</sup> RADBRUCH, Gustavo. Filosofia do Direito – O Fundamento do Direito de Punir, págs. 313/314.

... E indaga o autor: "... por que motivo a natureza é assim constituída e não de outro modo? Por que motivo a nossa natureza possui esses poderes e limites e não outros? E o que há para além desses limites?"

O fato de estarmos há menos de 04 (quatro anos de um novo milênio, apavora a humanidade, acalma-a ou euforiza-a. Unindo-se a isto, a Ciência atravessa uma fase que se iniciou em torno dos séculos XV, XVI e XVII, em que preponderava o racional e somente ele. A nova fase que se inicia admite não só o racional, mas também o irracional, tudo apenas quer dizer que a Ciência já admite a existência de Deus, busca nele a explicação para o que não se conhece e talvez nunca será conhecido.

O fato é que a exemplo da religião, esta sempre guardou bastante relação com a criminalidade, a começar pelos seres primitivos e satânicos que exigiam o sacrifício humano como forma de agredir os deuses. Na Idade Média, a igreja como Estado-Maior (e único) pregava guerras a fim de converter ou matar os seus opositores as guerras santas por exemplo, e os fatores políticos e econômicos que levava a elas.

A própria ascensão do Fascismo deve-se em parte ao apoio dado pela igreja Católica a Mussolini. Este, conseguindo resolver a questão da autonomia do Vaticano que criava atitudes desde o processo da unificação italiana, ocorrido no século XIX, encarou pouca resistência dos chefes católicos, cuja influência fazia-se e ainda se faz perceber naquele Estado.

Sendo assim, pensamos, diz Reale: "*que a vida como tal não é um valor primordial, mas sim pelo sentido que encerra ou pode encerrar como condição de realização material de todos os valores. Todos os valores, em certo sentido, referem-se à vida, sendo ela veículo de estimativas*".

A integração dos elementos axiológicos, fáticos e os técnico-formais na experiência jurídica, revelam-nos a precariedade de toda compreensão do Direito isoladamente como fato, valor ou norma e, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão do Direito como pura forma suscetível de alegar com total indiferença as infinitas e conflitantes possibilidades da intervenção humana.

Verdade é que através da História encontramos fases ou épocas que se distinguem por certa ordenação da vida social dos indivíduos e dos grupos, segundo uma distinta tábua de valores. Isso quer dizer que os valores são suscetíveis de uma ordenação gradual, de hierarquia. Efetivamente, há épocas em que a sociedade parece dominada pelo valor do santo ou do religioso, de maneira que em torno desse valor ordenam-se todos os demais.

Não podemos ignorar que há os valores em si mesmos, como estrelas dotadas de luz própria, ao passo que há valores planetários, significantes em razão de sua referência ou derivação.

Em síntese, a existência de um valor positivo é, em si mesmo, um valor positivo. A exemplo de um valor negativo é, em si mesmo, um valor negativo.

Não me predisponho aqui, a fazer uma análise minuciosa da norma dogmáticamente, mas as questões que surpreendem o Direito como fato novo dentro do universo criminológico e a ausência dessas normas é pelo costume, uma nova valoração.

É a norma jurídica imperativa, pois prescreve as condutas devidas e os campos proibidos e por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao lesado pela sua violação exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a reposição das coisas ao estado anterior.<sup>4</sup>

4 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p.342.

Citando a Sociologia Genética do Direito, temos como temas fundamentais: o exame da influência dos diversos fatores sociais, costumes, economia, cultura moral, religião, meio físico, etc., na formação do direito, isto é, o estudo do direito como produto de processos sociais; o exame da influência do direito sobre os diversos setores da vida social, isto é, estudo dos efeitos produzidos pelo direito no meio social.

*"O princípio da estrita legalidade dos crimes e das penas, é tradicional nos Direitos Penais democráticos. Não há crime sem lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."*<sup>5</sup>

*"Os valores são uma constante no humano, apesar disso, não podemos defini-los, e através deles, julgar o humano. Mas, não serão capazes de conhecê-los. A razão é cega para eles. A beleza, a justiça, a bondade, a santidade etc., e seus apostos, são valores que diariamente nos atormentam, movem-nos, guiam-nos e deles servimo-nos sem saber o que são."*<sup>6</sup>

*"Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de 'prescrita'), a conduta real (fática) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contaria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma."*<sup>7</sup>

E a sanção? Haverá ordens sociais desprovidas de sanção? Inteiramente contraposto a um ordenamento so-

5 CAMPOS, Wilson de Souza Campos. Batalha – Introdução ao Direito, Filosofia Histórica e Ciência do Direito, vol. II, São Paulo, R.T. 1968, p. 824.

6 GUSMÃO, Paulo Dourado de Filosofia do Direito. 1ª ed., Cap. VII, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985, p.54.

7 HANS, Kelsen. Teoria Pura do Direito. 5ª ed. Coimbra, Coleção Studium, 1979, p.37.

cial que estatui sanções (no sentido lato) é aquele que prescreve uma determinada conduta sem, que ligue um prêmio ou um castigo à conduta oposta, ou seja, uma ordem social a que não tem aplicação o princípio retributivo.

### 3. Os fatos novos e a ordem jurídica

#### 3.1- Sociologia Criminal aplicada à Teoria Geral do Direito

Mas o que significa uma nova criminalidade? Fatos novos? Novas medidas de política criminal?

É a humanidade perante uma nova ética, uma criminalidade que assustadoramente desencadeia-se em faces e formas dantes jamais imaginadas no mundo da ficção, da abstração.

Surge aí a grande problemática de valores e da normatização. Se de um lado não podemos concordar com os postulados de neo-retributismo, ou seja, luta por maior eficácia do sistema penal para punir mais, e se por outro lado não reivindicamos a ruptura total da institucionalização das respostas contra a conduta desviada, só nos restará a falência da ressocialização e das prisões.

As metas dos vários movimentos político-criminais, por natureza, são intrinsecamente dialéticas ou seja, de mão dupla. Isso se deve à realidade dos conceitos de crime e de reação penal, os quais sendo fenômenos sociais, sujeitam-se às mutações e evoluções do Homem. O conceito de conduta desviada (infração) é variável no tempo e no espaço: a relação homossexual entre adultos, por exemplo, embora só recentemente, foi retirada de praticamente todos os Códigos Penais Europeus, a feitiçaria já foi delito e não é mais; as atividades dos cartomantes, reprovadas no passado, hoje são procuradas por pessoas de todas as classes sociais. A reação penal, por seu turno, também está sujeita a constantes transformações: nos dias

atuais já não são concebíveis, *ad exemplum*, a pena de morte, as penas corporais, infamantes ou cruéis, a prisão perpétua, etc. Até mesmo a pena de prisão, no momento, acha-se bastante questionada, de outra parte não se pode deixar de registrar que a sociedade denominada pós-industrial (digital) demanda a criminalização de certas condutas (no campo da informática, da genética, etc...) <sup>8</sup>

Enfocaremos aqui alguns fatos sociais considerados novos, cuja observação tem a pretensão de colimar o objetivo deste trabalho.

Os computadores passaram a fazer parte da vida cotidiana das pessoas, sendo coisa comum em escritórios, escolas e nos bares. A proteção jurídica das relações interpessoais no mundo da informática avulta de importância não pelos interesses econômicos, mas porque o desenvolvimento da informática provoca verdadeira revolução social, e nesse sentido não é sem razão que os estudiosos no assunto consideram que a sociedade está sob o choque informático e suas estruturas econômicas, sociais e culturais estão sendo profundamente abaladas.

A INTERNET (Rede mundial de computadores) apresenta-se como um grande desafio para o Direito.

Quando se fala de meios de proteção jurídica dos direitos individuais e dos direitos autorais do material disponível na Rede, a incógnita é enorme. É praticamente impossível impedir ou mesmo limitar o acesso a determinadas informações, sem que macule o próprio sistema que viabiliza e torna interessante a INTERNET.

Uma das razões que alimentam o sucesso, e o interesse crescente na Rede, e a total liberdade de trânsito, todavia esse é também o seu lado mais vulnerável, pois da mesma forma que a Rede está aberta a conteúdos inteli-

<sup>8</sup> Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária – Brasília, Vol. I, nº 5, jan/jun., 1995, Ministério da Justiça, págs. 72/73.

gentes e criativos, também está para coisas odiosas e repugnantes, como por exemplo as páginas dedicadas ao ensino de técnicas de TERRORISMO, como "20 maneiras de sabotar sua escola", "como fabricar uma bomba", "técnicas para ter sucesso em seu suicídio", e ainda, "fraudes básicas com cartões de crédito", "guia para uma guerra civil", "apologia ao racismo", "incentivo ao uso de drogas", etc.

A INTERNET faz surgir a possibilidade da dupla criminalização, ou seja a aplicação da Lei do país do infrator e do país ofendido.

O que se pode constatar é que o nosso Ordenamento Jurídico oferece uma inexpressiva proteção aos sistemas de computação, principalmente no que se refere à INTERNET.

A comunidade jurídica ainda não chegou a um acordo sobre o tratamento a ser dado aos chamados crimes por computador.

Há os que defendem uma legislação específica, para tratar do assunto, criando tipos penais para cada delito praticado através dele.

Outros, que é suficiente a tipificação já existente no Código penal, pois ele já define os crimes de furto, peculato, entre outros, que podem ser perpetrados por meio de um computador, além da violação da intimidade.

O penalista cita como exemplo um fato ocorrido no Tribunal de Justiça de São Paulo, onde um funcionário, técnico em informática, incluiu nomes fictícios de Desembargadores na folha de pagamento do Tribunal, e desviava estes recursos para sua conta bancária, configurando assim o crime de peculato. Afirma, ainda que o excesso de tipificação de condutas seria um retrocesso. Os países que estão aplicando legislação específica para crimes de computador não estão logrando êxito na diminuição de tais crimes, só conseguindo complicar ainda mais a prestação jurisdicional.

Diante de tudo isso, observamos a necessidade de que o ordenamento jurídico evolua de uma forma que possa acompanhar os avanços tecnológicos da sociedade, para que os benefícios, alcançados por esse avanço, sejam superiores aos males que conseqüentemente atingirão o seio da sociedade.

Atualmente estamos diante de uma nova regra mundial, a "contracultura", vide para tanto, a mídia descontrolada, jogos eletrônicos violentos, valores distorcidos, etc.

"Esclarece Ruy Antunes que, para se incluir os jornais entre os fatores exógenos da criminalidade, basta a certeza de que alguns indivíduos apenas delinqüiram por terem suas resistências interiores vencidas pelo exemplo de certos heróis marginais cuja técnica de latrocínio, por exemplo, é referida miudamente pela imprensa.

Outro aspecto relevante diz respeito à massificação que a imprensa fez em torno do crime, gerando uma certa indiferença da sociedade com relação a alguns delitos. E qual seria a solução para esse problema, para essa influência da imprensa na criminalidade? Há os que defendem a edição de leis que proibam as notícias de crime ou sua narração sensacionalista.

Roberto Lyra, propõe uma solução muito interessante: neutralizar a propaganda com a contrapropaganda, a sugestão com a contra-sugestão, através da publicação das denúncias, pronúncias, condenações, para que a pena exerça o papel da intimidação e exemplaridade, do silêncio sobre fugas e perdões, de irradiação dos julgamentos, cuja matéria possa atuar como elemento educativo, preventivo da criminalidade.

O certo é que, enquanto a própria sociedade continuar a comprar os jornais e revistas sensacionalistas, continuar a ter maior interesse nos crimes do que em outras materiais, "as histórias de crimes e de criminosos serão

apresentadas nas melhores páginas e com os mais atraentes caracteres tipográficos de que disponham os jornais". (Ruy Antunes).

A partir da década de 60 com a chamada "Revolução Sexual", propiciada pela invenção da pílula anti-concepcional e pela emancipação feminina, o sexo deixou a alcova para ganhar as ruas e se tornar assunto do dia-a-dia das pessoas, provocando uma mudança sem precedentes nos valores morais da sociedade. Tabus foram destruídos, preconceitos diminuídos e isto tudo fez com que o sexo ou a sexualidade, ganhasse papel de destaque no estudo da criminalidade.

A sexualidade é uma das fases mais complexas da personalidade do homem. Possui um aspecto biológico que diz respeito ao fisiologismo, à produção hormonal, ao desafogo das energias concentradas, e a um aspecto psicológico, ligado à busca pela satisfação da libido (desejo sexual) e do prazer. Há ainda um aspecto sociológico concernente à educação que o indivíduo recebe, ao núcleo familiar, etc. Distúrbios em um destes aspectos podem levar o indivíduo a desenvolver desvios da sexualidade e neuroses, aproximando-o da criminalidade.

Por outro lado, devido à inversão de valores existentes no mundo atual não há mais um freio para a exacerbação da sexualidade, o que pode conduzir ou tornar mais comum a prática de diversos delitos: como o adultério, estupro violento, atentado ao pudor, lenocínio, bem como induzir ao vício por drogas, alcoolismo, chantagem, assalto, escândalo, crime organizado, etc.

A comunicação de massa geralmente utiliza meios eletrônicos e é dirigida para uma audiência relativamente grande, heterogênea e anônima, sendo ainda pública, rápida e transitória.

O desenvolvimento técnico dos veículos eletrônicos de comunicação, não foi acompanhado de um con-

teúdo ético para alimentar positivamente a natureza humana e individual que se esconde dentro das massas, pois segundo uma definição infeliz a "Televisão não existe para educar ou informar, mas para vender hábitos, idéias e produtos". Portanto, não importa o dano que as mensagens de violência, agressividade deturpada possam causar em uma multidão de telespectadores, mas sim, o quanto que o patrocinador vai faturar.

O videogame está diretamente associado ao avanço da tecnologia. Com a sofisticação dos computadores os jogos virtuais têm-se tornado cada vez mais fascinantes, coloridos e reais, atraindo conseqüentemente a atenção das pessoas, em especial das crianças e adolescentes, que são os que mais se deixam influenciar pela ficção. Muitos, de uma certa forma, tendem a trazer para o mundo real o que se viveu durante uma partida. Sofrendo, com isso, uma iniciação precoce no mundo adulto, muitas vezes representando por lutas, combates, vinganças ou desafios de vida ou morte. É a chamada "tecnologia radical".

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que a prática esportiva seria um dos fatores que levam a criminalidade? Como fator direto para a prática de crimes, não. Pois, já ficou provado que o esporte aplicado como forma de entretenimento, retira as pessoas da ociosidade, canaliza as energias dos jovens e serve como instrumento de interação social. Ocorre, entretanto, que alguns esportes, hoje, já possuem um alto grau de profissionalização. Para esses atletas, o esporte já não é uma diversão e sim um meio de vida. Altos valores de dinheiro são movimentados por patrocinadores e loterias. A influência do esporte é tal, que um ídolo esportivo vende mais produtos que uma estrela de cinema.

Entendemos que apenas o esporte profissionalizado, via de regra por via indireta, pode ser um fator de aumento da criminalidade. Por quê? Porque quando ocorrem

crimes ligados a esportes profissionais, normalmente, são provocados por fatores sociais e políticos, econômicos e culturais, usando-se o esporte apenas como meio ou instrumento.

Os constantes casos de doping entre atletas não são considerados crimes na maioria dos países. São classificados como lícitos administrativos, punidos em nível das Federações Nacionais e do COI – Comitê Olímpico Internacional. Nos países do antigo bloco socialista, os atletas dopavam-se por pressão política, pois o regime tinha interesse de mostrar ao mundo a superioridade marxista no desporto. Ocorrem também, vez por outra, brigas entre atletas, resultando em rixas ou lesões corporais, mas nada que represente um aumento real desses delitos. A prática do vale-tudo (mistura das artes marciais) começa a ser difundida. Porém, não a consideramos como esporte, pois contraria os princípios básicos do desporto.

Como medidas de restrição às torcidas! organizadas em São Paulo, o Ministério Público, a Federação Paulista de Futebol e a Polícia Militar conseguiram junto à Justiça Comum a proibição desses grupos de frequentarem estádios de futebol. Como conseqüência, houve a redução de 90% dos índices de criminalidade ao redor dos estádios nos dias de jogos. Há quem defenda, ainda, a criação de leis específicas.

Sendo assim, a velha ética, que era produtiva, enquanto tirava o homem do estado originário de uma existência inconsciente, fazia do indivíduo um portador da tendência consciente. O ético "tu deves" mesmo na forma primitiva de uma lei normal geralmente fixada de índole coletiva, é fomentada de consciência, quando surge como orientação geral que constitui um limite para a natureza inconsciente do homem com sua emocionalidade de elemento incontrolável. Por essa razão, a velha ética é instrumento importante na elaboração da consciência huma-

na. Ela representa uma fase necessária de transição e, com a sua supressão e a sua repressão, faz parte das medidas defensivas da consciência contra o inconsciente.

O fato de o meu mal não ser nenhum mal para o meu próximo, ou vice-versa, é que constitui a dureza da situação moral.

## 4. Considerações finais

### 4.1- A justiça e a valoração jurídica

*“Há sido tradicional ver em la justicia e o valor jurídico por excelencia y el principal. Maste el junto de que las masdelas veces, el problema de la Estimativa Juridica ha sido rotulado como investigacion sobre la justiça “.*<sup>9</sup>

*“Pelo mundo não se esgotam os seres corpóreos e psíquicos. Em outras regiões, outras zonas de entes, e entre essas contas de objetos, figuram os chamados seres ideais, por exemplo os princípios matemáticos, as verdades lógicas, etc.. Ao ser ideal se tem chamado também de irreal, trata-se de algo que é, pelo que é de maneira diferente e como é o ser real”.*

Os valores são objetos ideais com sua própria validade. Se bem podemos descobri-los nas coisas, e naquelas coisas e condutas que estimamos como valores, não constituem um pedaço da realidade dessas coisas ou condutas.<sup>10</sup>

*“Estamos agora muito longe do país dos suplícios, das rodas, dos patíbulos, das forcas, dos pelourinhos, estamos muito longe também daquele sonho que, cinqüenta anos antes, alimentavam os reformadores”...”, disse Foucault com relação ao sistema punitivo da sua época.*<sup>11</sup>

9 SICHES, Recasénas. Tratado General de Filosofia del Derecho, p. 57.

10 El Universo. La Vida humana, la sociedade, el Derecho, pp. 45-51.

11 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir – História da violência nas prisões – Nascimento da Prisão, 12ª ed., Petropólis, Ed. Vozes, 1995, p. 208.

Estamos diante do futuro que chegou, o sonho dos filmes de ficção que se confundem com o real e o virtual e que na verdade não constituem novas formas de suplício para o progresso?

Somos um misto de fatos, alguns de confusa valoração, de nascedoura e demorada normatização.

Somos o fim de um século e de um milênio, somos transição, quase nada, abstração?

## 5. Bibliografia

- ALBERGARIA, Jason. *Criminologia – Teoria e Prática*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. AIDE, 1988, págs. 196-207.
- ANTUNES, Ruy da Costa. *Imprensa e Criminalidade*, Revista Pernambuco de Sociologia, Vol. I, nº 1, 1951, págs. 59-67.
- ANCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução à Teoria Geral: uma perspectiva luso-brasileira*, 1ª ed., Lisboa, Tradução Calouste Gulbentian, julho/1978, págs. 22 e 23.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Direito (Filosofia, História e Ciência do Direito)*, vol. I, São Paulo, Ed. RT, nov/1967, pág. 284.
- \_\_\_\_\_, *Teoria Geral do Direito – O Direito Positivo e sua Perspectiva Filosófica*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 342.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Atlas S/A, 1990.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Mínimo: Lincamentos das Suas Metas*, I (5), jan/jun, 1995, págs. 71-96.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, 1ª ed., Cap. VII, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1985, pág. 54.
- \_\_\_\_\_, *Introdução à Teoria do Direito*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Livraria Freitas Bastos, 1962, pág. 31.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed., Coimbra, Coleção Studium, 1979, págs. 20-37.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito – Justiça – Lei – Faculdade – Fato social-crime*, 22ª ed., São Paulo, Colab. Luiz Antônio Nunes, Ed. RT, 1994, págs. 580- 581.

- NEWMANN, Erich. *Psicologia Profunda e Nova Ética: coleção amor e psique*, São Paulo, Ed. E.P., 1991.
- RADBRUCH, Gusmão. *Filosofia do Direito – Coleção Studium*, 6ª ed., Coimbra, Ed. Armênio Amado – Sucessor. Tradução e Pré-fácio do Prof. L. Cabral de Moncada, 1979, págs. 313- 314.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1982, pág. 695.
- REIS, Rodrigo Santos. *O Estatuto Epistemológico da Criminologia no Âmbito da Ciência Penal*, Rio de Janeiro, jan/1994, págs.431-433.
- SICHES, Luís Recaséns. *Tratado de Filosofia de Derecho*, 7ª ed., México, Editorial Porrúa S/A, 1981, págs. 47-54 e 57.
- VECHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., Coimbra, Coleção Studium, 1979, págs. 228-239 e 558-559.
- Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Ministério da Justiça, Vol. I, nº 5, Brasília-DF, jan/jun, 1995 (reflexões) págs. 72-73.

## QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Vladimir da Rocha França

Professor Substituto da Faculdade de Direito do Recife pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

### SUMÁRIO

1- Introdução. 2- Papel da Constituição. 3- Fundamentos e Diretrizes Constitucionais. 4- Princípios e Regras Constitucionais. 5- Princípios Constitucionais Fundamentais. 6- Conclusão. Bibliografia.

### 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 representa a norma fundamental de nosso ordenamento jurídico. Nela encontramos a consolidação dos bens e valores jurídico-políticos que o constituinte resolveu, por bem, conceder a qualificação de supremos quando comparados aos demais.

E inegável que a Lei Maior constitui a norma mais importante do ordenamento jurídico, legitimando o direito estatal posto e ordenando o sistema jurídico.

Se é certo o grau hierárquico superior do sistema normativo abrigado no corpo formal da Constituição sobre as demais normas jurídicas, consoante os ensinamentos da dogmática jurídica tradicional, é possível falar-se em hierarquia entre as próprias normas constitucionais? A questão está longe de ser pacificada.

A Assembléia Nacional Constituinte, da qual se originou o texto constitucional, refletiu os anseios de uma

sociedade que estava saindo de um período ditatorial e, buscando a democracia e o desenvolvimento sócio-econômico de suas relações. O texto constitucional demonstra bem isso.

Acontece que a Constituição não foi obra de um grupo político-econômico solitário. A Constituição nasceu confusa quanto à sua identidade, se liberal, dirigente ou social-democrática; se parlamentarista ou presidencialista; até o princípio republicano foi questionado. Como nenhum grupo na Assembléia Nacional Constituinte tinha supremacia, produziu-se um texto que remete muitas decisões importantes para o futuro, através de dispositivos programáticos, ou, que estabelece valores aparentemente contraditórios no mesmo dispositivo.

Embora aparentemente desordenada, a Constituição tem o seu valor como norma jurídica fundante de todo o ordenamento jurídico vigente. Como conciliar os dispositivos constitucionais nascidos pelas mãos do capital com os das mãos do trabalho? Pode haver harmonia no texto constitucional sem uma hierarquia interna?

O objetivo fundamental desse estudo é a de verificar a possibilidade da existência de hierarquia entre as normas constitucionais; e, se viável a hierarquização, como ela ocorre, segundo a Constituição de 1988.

## 2. Papel da Constituição

O ordenamento jurídico representa todo um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado de normas que regulam a conduta jurídica das pessoas enquanto seres integrados em uma dada sociedade. Sua concreção encontra-se determinada pelo grau de aceitação que suas normas conseguem no seio do corpo social, bem como na força dos instrumentos postos pelo próprio ordenamento jurídico para sua efetivação real.

Mas o ordenamento jurídico não surge do nada. Constitui sim a condensação das normas sociais que são consideradas mais fundamentais para a preservação da sociedade, produzindo o grau máximo de intervenção da sociedade na conduta individual. Tanto o seu surgimento como o seu processo de concretização sofrem a influência do meio ambiente sócio-político, bem como do curso impiedoso das necessidades históricas e econômicas que impõem o homem para sua evolução.

O ponto inicial do ordenamento jurídico é o Poder Constituinte. Através dele, o político, o social, o econômico e o cultural tornam-se jurídico, na tentativa de integrar, com um mínimo de ordem, norma e conduta. No Poder Constituinte, a ordem social vigente constitui uma dada ordem jurídica, que passará a servir como instrumento mais poderoso de controle social, socializando o indivíduo dentro daqueles padrões de comportamento considerados fundamentais para a preservação da própria ordem social instituinte, concedendo segurança jurídica às relações sociais.

O resultado da quebra de lanças entre as forças sociais durante os debates (ou conflitos) constituintes consolida-se na Constituição.

A Constituição representa a norma fundamental do ordenamento jurídico. Fundamental porque através dela a sociedade jurisdiciona suas opções político-ideológicas num dado momento histórico, mediante a delimitação das estruturas essenciais do Poder Político e, determinando, o que a sociedade entende por indispensável para a existência humana e da própria coletividade.

Instituída a Constituição, o ordenamento jurídico toma forma e pode ser vivificado. Os rumos tomados e consolidados na norma fundamental viabilizam a construção de uma dada ordem jurídica, procurando estabelecer um sistema hierarquizado e coerente para a edição e concretização da norma jurídica.

A Constituição, como vínculo estrutural entre a política e o direito, tem por finalidade garantir a “legitimidade” jurídica do Estado, dotando o sistema jurídico: da abertura cognitiva indispensável para tornar próxima da realidade social o padrão de comportamento comunicado pelas esferas estatais; e do fechamento operacional necessário para a criação e auto-reprodução do direito positivo no Estado (Neves, 1994.1: pág. 63).

O estudo da Constituição pode ser efetivada por dois ângulos distintos, porém interdependentes: pela Constituição material, identificando-se o seu conteúdo sociológico, filosófico e histórico; e pela Constituição formal, que determina a inserção da Constituição no ordenamento jurídico estatal (Dantas, 1994: pág. 12).

A Constituição material compreende o leque de opções ideológicas assumidas pelo Poder Constituinte no trato das questões políticas e sociais, concedendo a determinadas matérias a condição de fundamentais para a configuração do Estado (Dantas, 1994: págs. 30-31), bem como a aceitação e observância da sociedade dos valores expostos na Constituição. Surge daí a necessidade de se garantir juridicamente a supremacia e a efetividade do conteúdo social e político da Constituição, formado no Poder Constituinte.

Lembra Marcelo Neves que “os procedimentos decisórios tanto constituintes como de concretização normativa dos textos constitucionais filtram as expectativas jurídico-normativas de comportamento, transformando-as em normas constitucionais vigentes” (Neves, 1994.1: pág. 61). O direito constitucional passa a ser, “a consagração jurídico-positiva de uma determinada ideologia, aquela socialmente aceita” (Dantas, 1994: pág. 22), funcionando como limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo diante da realidade social (Neves, 1994.1: pág. 67).

Alerta Miguel Reale que a Constituição não deixa de ser uma categoria histórica, “inseparável do complexo de circunstâncias e conjunturas sociais, econômicas, demográficas, militares, em uma palavra, culturais, que condicionou a sua feitura, a começar pela atitude dos legisladores constituintes perante a realidade cuja organização e atividades tinham em vista determinar em seus elementos básicos” (Reale, 1993: pág. 11). Ela procura organizar a sociedade naquilo que ela considera de mais fundamental dentre os fenômenos jurídicos, identificando os elementos e valores essenciais, a própria sustentação de uma dada opção política-ideológica da sociedade.

A Constituição formal, caracteriza-se pela suprallegalidade constitucional como garantia jurídica da supremacia da Constituição, bem como pela imutabilidade relativa da Lei Maior pelo Poder de Reforma (Dantas, 1994: pág. 41). A suprallegalidade constitucional reside na posição da Constituição como preceito normativo fundamental e hierarquicamente superior às demais normas constantes no sistema jurídico, e sua preservação através do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados pelos poderes do Estado.

Têm sido apontados na dogmática jurídica constitucional os direitos e deveres individuais, as funções e limites do poder estatal como núcleo material mínimo das Constituições contemporâneas (*cf.* Reale, 1993: pág. 10; e Neves, 1994.1: págs. 69-75), que alguns chegam a apontar como resultado de invariantes axiológicas construídas no decorrer da evolução histórica da humanidade (Reale, 1993: pág. 11).

Acontece que o núcleo material mínimo ao qual nos referimos consiste naquele construído pelo Estado Liberal no apagar das luzes do período do Absolutismo. E um dos pontos cruciais para a manutenção do sistema político-econômico capitalista que então se estabelecia era o

chamado princípio da legalidade, assegurado em toda e qualquer Constituição burguesa.

Sob o princípio da legalidade, construiu-se toda uma estrutura normativa destinada a preservar a liberdade individual contra o arbítrio do Estado, bem como de tutelar a propriedade contra a ação dos não-proprietários (Grau, 1990: pág. 23). A lei deveria ser, portanto, o refúgio do indivíduo e da livre iniciativa contra o poder estatal.

Embora uma lei fundamental, a Constituição não deixa de ser uma lei, pois “não deixa de possuir os mesmos requisitos de toda a lei, a qual, como expressão de liberdades coexistentes e garantidas, concomitantemente proíbe e autoriza, circunscreve a ação e a protege nos limites necessários à garantia recíproca e justa das liberdades” (Reale, 1993: 10).

Eros Roberto Grau lembra ainda que apesar do direito mediatizar as relações entre as forças econômicas do capital e as forças econômicas do trabalho “é certo e fora de dúvida que prospera o sentido de prover os destituídos de poder de defesas que inexistiriam em um quadro no qual o poder fosse exercitado sem as peias da lei” (Grau, 1990: pág. 28).

O processo de juridificação dos direitos políticos e sociais (cf. Neves, 1994.2: pág. 51), acompanhou a inserção de novas tarefas para o Estado burguês no sentido de dotar de alguma concreção os direitos individuais preservados formalmente no texto legal (Rocha, 1994: pág. 74). Com as crises do capitalismo, o direito passa a ser um instrumento de administração e de ordenação do desenvolvimento do capital em face das turbulências enfrentadas pela burguesia em face da maior mobilização e reivindicação por parte das forças econômicas do trabalho por uma maior participação no processo de decisão política e econômica da sociedade. Passa o direito a ser um instrumento de implementação de políticas públicas (Grau, 1994: pág. 31), dentre elas, de políticas econômicas.

A realidade enfrentada por ocasião da transição do Estado Liberal para o Estado Intervencionista refletiu a inadequação da tripartição clássica das funções do Estado, cada vez mais dedicado à programação e realização de políticas públicas destinadas à manutenção do sistema capitalista (Comparato, 1994: pág. 14), para a superação das crises e para a socialização dos custos de sua manutenção. Para se reciclar, o sistema capitalista entendeu que a restrição das atividades do Estado à legislação e à execução da lei mostrou-se insuficiente para a mitigação das tensões sociais, sendo forçada a edificar políticas públicas de regulação, planejamento e desenvolvimento das relações sócio-econômicas (Comparato, 1994: pág. 16; Grau, 1990: pág. 37).

O núcleo material da Constituição foi obrigado a inserir elementos estruturantes da ordem econômica como matéria fundamental para as bases do Estado e da Sociedade (cf. Grau, 1990: pág. 74). A essa parcela da norma fundamental, denomina-se Constituição Econômica. Não significa dizer inexistia qualquer regulação jurídica no liberalismo.

A própria “omissão” do Estado no domínio econômico constituía uma opção ideológica no trato da ordem econômica (Dantas, 1995.2: págs. 64-65), pois nunca houve uma desregulação da economia (Grau, 1990: pág. 40). Apenas a intervenção do Estado na regulação jurídica da economia limitava-se a instituir e garantir a propriedade privada e a liberdade contratual, restringindo a ação do Estado ao determinado pela lei formal. Com a insuficiência da regulação jurídica do Estado Liberal, fez-se necessária a intervenção mais intensa e presente do Estado.

Diante da realidade, o Poder Constituinte pôs em discussão uma política econômica (opção político-ideológica) e diretrizes (programas) para a efetivação de determinadas metas pelo Estado. “A ordem desejável determina o conteúdo da Constituição Econômica – resultado

das relações entre o Econômico e Jurídico – que, por sua vez, traça os limites e parâmetros a serem levados em conta pela Política Econômica, numa verdadeira engrenagem dialética” (Dantas, 1995.2: pág. 57; cf. tb. pág. 68).

No sistema jurídico brasileiro, a norma fundamental é a Constituição promulgada em 1988, pela Assembleia Nacional Constituinte, resultado da superação de uma fase autoritária de nossa história e da opção, pela sociedade, por um regime mais aberto e democrático.

A Constituição de 1988 contém os fundamentos e diretrizes que deverão ser seguidas pela sociedade em suas relações jurídicas. Embora possa parecer que a Constituição, ao se desdobrar numa extensa regulação de quase todos os aspectos sociais, tenha tentado uma espécie de “imperialismo” sobre a economia, a cultura e a política, nada mais procura senão estabelecer os processos jurídicos que deverão ser seguidos dentro dessas áreas, de modo que o cultural, o econômico e o político não se tornem anti-sociais. E, mesmo que houvesse tal pretensão, a força do político-econômico e o caráter cada vez mais volátil da realidade humana impedem que se preestabeçam todos os critérios jurídicos que devem orientar e vincular a conduta de cada um de nós. Se a realidade humana fosse estática, nunca haveria uma caducidade da norma jurídica. Os fatos sempre foram e serão sempre rebeldes com relação ao direito. “O Direito não está **sobre os** fatos, nem ao lado dos fatos, porém atrás do **fato**” (Veiga, s/d: pág. 27; grifo do autor).

### 3. Fundamentos e Diretrizes Constitucionais

Identificamos uma distinção entre fundamentos e diretrizes constitucionais. Constitui fundamento constitucional todo aquele valor social considerado imprescindível para a sociedade num dado momento histórico, cuja complexidade demanda um tratamento jurídico diferenciado.

A diretrizes constitucionais fixam metas para o Estado e para a Sociedade, que deverão ser alcançadas por instrumentos jurídicos. Sua concretização depende da adequação entre a realidade social e o fim preestabelecido na Constituição.

Tanto os fundamentos como as diretrizes constitucionais constituem opções político-ideológicas que prevaleceram no Poder Constituinte e que reclamam uma sistematização e instrumentalização jurídicas, devido à importância assumida por aqueles na preservação da ordem social.

A Constituição de 1988 estabelece uma hierarquia entre os fundamentos e diretrizes constitucionais, a nosso ver, intitulando-os como “princípios fundamentais”. Houve a intenção do constituinte em destacar esses fundamentos e diretrizes constitucionais, possuindo formalmente um caráter vinculativo maior e mais poderoso quando comparado aos demais.

O art. 1º da Lei Maior estabelece em seus incisos os fundamentos primeiros do Ordenamento Jurídico-Constitucional. São eles a soberania (I), a cidadania (II), a dignidade da pessoa humana (III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV), e o pluralismo político (V).

No seu art. 3º, fixa a Constituição as diretrizes fundamentais da República, que são: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I); a garantia do desenvolvimento nacional (II); a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (IV).

Não é preciso muito para se verificar que boa parte desses fundamentos e diretrizes constitucionais estão dissociados da realidade constitucional, bem como, caso argüidos isoladamente junto ao Poder Judiciário e, aparentemente, não trazendo nenhuma consequência prática

para o indivíduo (cf. Barroso, 1993: págs. 177-184; Saraiva, 1993: págs. 39-40). Luís Roberto Barroso chega a afirmar que os “objetivos fundamentais” do art. 3º são tão desimportantes ao ângulo da dogmática constitucional, que alguns dos principais comentadores da Constituição de 1988, ao tratarem dos seus quatro incisos, não conseguiram despendar mais do que meia página” (Barroso, 1993: pág. 180).

A falta de concretização normativa do texto constitucional brasileiro tem levado a afirmações de tal natureza. O ceticismo e a frustração que a má concretização da Constituição de 1988 trouxe para o cidadão foi tanta, que os juristas acabaram desconsiderando as potencialidades dos fundamentos e diretrizes constitucionais. Mas isso não significa dizer que esses dispositivos constitucionais são inúteis ou retóricos. A nosso ver, assumiram um caráter retórico, embora se possa dizer que, ao sistematizá-los, alguns dos constituintes tinham essa intenção.

Os incisos dos arts. 1º e 3º da Carta Magna têm reconhecidamente uma função simbólica, que refletem os anseios de um sociedade por uma democracia justa e pela superação do subdesenvolvimento econômico e social. Entretanto, podem assumir um caráter normativo-jurídico mais relevante, dependendo da sua adequação com a realidade constitucional.

Como bem lembra Marcelo Neves, “apesar da função simbólica das declarações contidas nos textos constitucionais e seus preâmbulos, elas podem servir também à interpretação e, portanto, à concretização normativa do texto constitucional” (Neves, 1994.1: pág. 33).

Entendendo-se a legislação simbólica como “a produção de textos cuja referência manifesta a realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (Neves, 1994.1: pág. 32), estando dissociada da realidade constitucional (Neves,

1994.1: pág. 33), pode-se dizer que os fundamentos e diretrizes constitucionais do art. 1º e 3º da Constituição de 1988 têm uma tríplice função (cf. Neves, 1994.1: págs. 33-41):

- a) Determinar os valores e fins que devem ser predominantes para as três esferas estatais (legislação, jurisdição e administração), no desempenho de suas atividades (cf. Neves, 1994.1: pág. 34);
- b) Apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas do cidadão, procurando conquistar sua confiança no sistema jurídico posto;
- c) Transferir para o ordenamento jurídico a concretização de seu conteúdo em um futuro indeterminado.

A função normativo-jurídica dos fundamentos e diretrizes constitucionais destacados pelo constituinte como “princípios fundamentais” é a de constituir os padrões axiológicos e teleológicos que devem ser seguidos pelo operador jurídico, na construção e concretização do ordenamento jurídico.

#### 4. Princípios e Regras Constitucionais

Cabe à norma constitucional viabilizar a concreção jurídica dos fundamentos e diretrizes constitucionais, fazendo-a sob a forma de princípios e regras constitucionais<sup>1</sup>. Tanto um como o outro podem conter fundamentos e ou diretrizes constitucionais. É através da norma constitucional que o fundamento e ou diretriz constitucionais ganham a imperatividade que somente a norma jurídica pode lhes conceder.

1 Inexiste unanimidade na doutrina quanto ao estabelecimento de um gênero “norma constitucional”, que abrange por sua vez, duas espécies, a “regra constitucional” e o “princípio constitucional”. A favor de critério similar, ver Grau, 1990: pp. 92-134; Guerra Filho, 1991: pp. 106-107. Contra: Canotilho & Moreira, 1991: p. 49; Dantas, 1995.1: p. 59; Borges, 1993: p. 143; Saraiva, 1993: p. 19.

Os princípios constitucionais são expressões normativas consolidadas a partir dos valores (fundamentos) ou fins (diretrizes) predeterminados constitucionalmente, que se destinam a dar o máximo de coerência, univocidade e concreção ao ordenamento jurídico fundado numa dada Constituição (cf. Rocha, 1994: pág. 25). São eles que delimitam a margem de interpretação e apreciação do texto constitucional pelo operador jurídico. Sem os princípios, o processo de concretização da norma constitucional careceria de qualquer objetividade.

As regras constitucionais estatuem preceitos normativos, tal como as regras jurídicas infraconstitucionais, estabelecem um padrão de conduta a ser seguido pelo cidadão diante de uma dada situação jurídica individual, que pode determinar uma permissão, obrigação ou proibição. Devem gozar de um padrão mínimo de generalidade e abstração para a regulação das relações sócio-jurídicas, voltada para o futuro e isenta de discriminações não admitidas no texto constitucional.

A positivação dos princípios constitucionais, dotando-os da necessária vinculatividade, imperatividade e aplicabilidade, ocorre de duas formas. Na primeira, o texto constitucional expressa-os claramente, tornando o princípio em norma constitucional plenamente exigível e concretizável, desde já vinculando a conduta do agente público e do cidadão. Na segunda, o princípio constitucional é apreendido no ordenamento jurídico-constitucional, pela doutrina e jurisprudência, somente encontrando concretização viável quando indicado e imposto pela decisão judicial. No último caso, diz-se que o princípio constitucional encontra-se implícito no ordenamento jurídico-constitucional. Segundo Eros Roberto Grau, estes não constituem criação jurisprudencial nem preexistem externamente ao ordenamento jurídico – ou à Constituição e, por conseguinte, “à autoridade judicial, ao tomá-los de modo decisivo para a definição de determinada situação

normativa, simplesmente comprova a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do Direito que aplica, declarando-os” (Grau, 1990: 129).

Alguns chegam a fazer uma distinção entre princípios positivados e princípios gerais de direito (cf. Grau, 1990: pág. 95). Não vemos necessariamente razão para se menosprezar este ou aquele princípio pelo fato de que um está e outro não explicitamente posto no texto constitucional. Acreditamos que ambos gozam do caráter de norma constitucional, com a mesma força (em tese) normativa. Todavia, é certo dizer que o princípio, quando expresso no texto normativo, goza de maior grau de concretabilidade do que um princípio que precisa ser apreendido pela doutrina e jurisprudência, devendo enfrentar controvérsia quando de sua aplicação. É da nossa tradição jurídica por na lei tudo o que for possível, como bem demonstra nossa extensa Constituição.

Para Ivo Dantas, os princípios constituem uma “categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”, estabelecendo a dedutibilidade destes do conteúdo do sistema jurídico como critério diferenciador, quando confrontados com as normas jurídicas (Dantas, 1995.1: pág. 59). As normas jurídicas seriam sempre claras e expressas.

Acontece que como bem lembram J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, nem sempre os princípios estão implícitos, dedutíveis do sistema jurídico:

“A norma distingue-se do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões. Todavia, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas,

podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio, constituindo preceitos básicos da organização constitucional. Os princípios são núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais, isto é, são expressão do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contrapostas às normas” (Canotilho e Moreira, 1991: pág. 49; grifo nosso; cf. tb. Grau, 1990: pág. 129).

Os princípios constitucionais têm força de norma jurídica e são norma jurídica. São normas constitucionais hierarquicamente privilegiadas, onde o fundamento e ou diretriz constitucionais encontram-se imperativamente determinados, objetivando o seu conteúdo e tornando-os concretizáveis juridicamente. “A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam” (Rocha, 1994: pág. 26). Do contrário, o princípio constitucional perde sua realidade e torna-se nada mais do que um protocolo de boas intenções. O princípio da igualdade é um bom exemplo disso.

Se há um descumprimento do princípio da igualdade, o indivíduo pode, tão-somente baseado no princípio, reivindicar imediatamente a tutela jurisdicional, sendo irrelevante qualquer regra jurídica predeterminada para regulamentá-lo. O princípio pode bastar em si mesmo para fundamentar a decisão judicial ou administrativa produzida para a situação jurídica individual.

Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha, os princípios constitucionais têm uma função positiva e outra negativa. Sua função positiva, consiste “em afirmar a diretriz e o conteúdo dos subprincípios e do regramento jurídico que se põe à observância dos membros da sociedade estatal” (Rocha, 1994: pág. 28). Em sua função

negativa, o princípio constitucional estabelece a rejeição de qualquer conteúdo que a ele se contraponha no ordenamento jurídico constitucional.

Os princípios constitucionais têm necessariamente uma predominância sobre as regras constitucionais,

Os princípios constitucionais podem vir ou não expressos no texto constitucional. Mas é imprescindível que ambos tenham e gozem do caráter de norma jurídica. A norma jurídica não se limita tão-somente ao texto normativo. Tal como o legislador, o administrador e juiz também produzem uma norma vinculativa e imperativa de conduta social dos indivíduos, e, conseqüentemente, direito. Justamente na concretização do texto normativo é que o direito torna-se vivo e visível, próximo do cidadão e deixando de ser uma linguagem somente direcionada para os “iniciados”.

Willis Santiago Guerra Filho propõe os seguintes critérios para a distinção entre princípio e regra constitucional (Guerra Filho, 1991: pág. 107).

- a) o grau de abstração, pois os princípios apresentam-se, necessariamente, numa formação mais abstrata e geral;
- b) o grau de determinabilidade de aplicação, conseqüência do anterior, já que os princípios demandam subprincípios e regras para tornar mais viável a concretização de sua prescrição normativa, enquanto que as regras “deixam-se aplicar diretamente com facilidade”;
- c) o conteúdo de informação, porque as regras estão ligadas a situações fáticas mais restritas e, os princípios, a valores, permitindo uma maior ampliação do seu conteúdo informativo;
- d) e, por fim, a sua separação “onto-lógica” radical.

A distinção entre princípios e regras pela separação “onto-lógica” radical existe para “ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza, existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para regras, ou ainda, a circunstância de regras contraditórias gerarem antinomia normativa, a ser desfeita com o afastamento de uma delas, ao passo que é da própria natureza dos princípios, (...) se apresentarem na natureza como contrapostos uns aos outros” (Guerra Filho, 1991: pág. 107).

Os princípios não deixam de ser normas constitucionais somente porque podem ser dedutíveis da regra constitucional. Podem vir expressamente determinados no texto constitucional (ver art. 37, *caput* da Constituição), assumindo plenamente o caráter de norma constitucional. Caráter este que não deve ser afastado dos princípios constitucionais implícitos, apreendidos e sistematizados pela jurisprudência. Afinal, o juiz também cria direito.

As regras jurídicas são concretizadas na sua inteireza, não comportando uma aplicação parcial de seus preceitos (Grau, 1990: pág. 107). Já os princípios jurídicos, “mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automaticamente e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam” (Grau, 1990: pág. 108). Todavia, a inteireza da aplicação de um princípio pode ser comprometida por um princípio de grau hierárquico maior, como veremos adiante.

Os princípios possuem uma dimensão e um peso maior do que as regras jurídicas. O que definirá o conflito entre os princípios é o peso relativo de cada um deles dentro do ordenamento jurídico-constitucional (Grau, 1990: pág. 111).

Inexiste uma regra jurídica mais importante do que a outra. Havendo conflito entre elas, o peso maior de uma

invalidará a outra no ordenamento jurídico (Grau, 1990: pág. 111). Neste caso, é possível se afirmar que não existem regras constitucionais de primeira, segunda ou terceira categorias, mas tão-somente regras constitucionais ou inconstitucionais, mesmo que estejam no corpo formal da Constituição (Saraiva, 1993: pág. 17).

Já podemos aqui identificar o primeiro ponto de hierarquização entre as normas constitucionais: os princípios constitucionais constituem normas constitucionais hierarquicamente superiores às regras constitucionais, por aquelas gozarem de uma dimensão axiológica e teleológica mais ampla e influente do que as destas, repercutindo sobre todo o ordenamento jurídico-constitucional. É certo que as regras constitucionais também têm uma dimensão axiológica e teleológica, mas esta se encontra adstrita as situações jurídicas individuais que visam a regular, não incidindo diretamente, como fazem os princípios, sobre o sistema jurídico estatal.

## 5. Princípios Constitucionais Fundamentais

Ao contrário do que acontece com as regras constitucionais, não é possível falar-se em inconstitucionalidade ou invalidade de princípios constitucionais, até porque é impossível, a nosso ver, falar de antinomia entre princípios jurídicos (Grau, 1990: pág. 115).

Mas para que se possa admitir inexistência entre antinomia e princípios constitucionais, é preciso identificar qual o critério utilizado pelo constituinte para definir o núcleo fundamental de princípios jurídicos.

Os princípios constitucionais, tal como as demais normas constitucionais, encontram-se hierarquizadas dentro da própria Constituição. Pois “seria incompreensível, em primeiro lugar, uma Constituição como simples conglomerado desconexo de normas, às quais arbitrariamente se atribuiu o caráter de lei por excelência” (Reale, 1993: pág. 11).

Ivo Dantas nos ensina que há uma hierarquização entre os princípios constitucionais:

“No caso da Constituição brasileira vigente, ao lado dos *Princípios Fundamentais*, inúmeras são as passagens onde se acha presente outra categoria, a de PRINCÍPIOS GERAIS, voltados para determinado subsistema ou setor do ordenamento constitucional. Estes são igualmente superiores às normas, porém inferiores aos Princípios Fundamentais” (Dantas, 1995.1: pág. 60; grifo do autor).

Do mesmo modo, Luís Roberto Barroso:

“(...) os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição, (...) é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem. A idéia de sistema funda-se na harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. 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”.

Luís Roberto Barroso identifica três espécies hierarquizadas de princípios constitucionais, na seguinte ordem (cf. Barroso, 1993: pág. 174):

- a) Princípios fundamentais, que contêm as decisões políticas estruturais do Estado;
- b) Princípios constitucionais gerais, constituindo especificações dos anteriores;
- c) Princípios setoriais ou especiais, destinados a presidir um conjunto específico de normas constitucionais, representando, por sua vez, uma especificação dos princípios constitucionais gerais.

Lembra José Souto Maior Borges, que os critérios a serem utilizados para se estabelecer uma hierarquia entre os princípios constitucionais devem partir da própria Constituição (Borges, 1993: pág. 146).

Fixamos como princípios fundamentais aqueles protegidos e afastados do Poder de Reforma constitucional. A Constituição Federal vigente, em seu art. 60, § 4º, estabelece que a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de emenda à Constituição tendente a aboli-los, que são usualmente denominadas de cláusulas pétreas.

A proposta é inspirada nos ensinamentos de Ivo Dantas e de José Souto Maior Borges. “Há uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da C.F. e sobretudo com outros princípios constitucionais (sintaxe jurídico-constitucional) que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios. Muitos desses podem ser objeto de reforma constitucional. Nada o impede. Mas no tocante aos princípios fundamentais, a C.F. é rigidíssima. Não podem, a teor do seu art. 60, § 4º, ser abolidos senão por via revolucionária e, pois extraconstitucional” (Borges, 1993: pág. 145).

Não estamos aqui apontando as cláusulas pétreas como os princípios constitucionais fundamentais. Aquelas devem ser entendidas como os limites materiais ao Poder de Reforma Constitucional (cf. Dantas, 1994: págs. 93-96), enquanto que estes, como os princípios constitucionais, expressos ou não na Constituição, que são hierarquicamente superiores a todas as outras normas constitucionais e infraconstitucionais.

As cláusulas pétreas não referem tão-somente a princípios constitucionais. Nelas estão contidas também regras constitucionais, bem como direitos e garantias constitucionais decorrentes das normas constitucionais.

Seria ilógico e desarrazoado que a Constituição pusesse à disposição do Poder de Reforma a alteração ou descaracterização dos alicerces do ordenamento jurídico.

Podemos resumir nosso entendimento no seguinte: nem todas as cláusulas pétreas contêm princípios, mas todos os princípios constitucionais fundamentais são cláusulas pétreas, sem haver espaço para exceções.

O princípio republicano e o princípio presidencialista foram expressamente afastados do núcleo das cláusulas pétreas, tanto que recentemente foram objeto de plebiscito. É evidente que o seu regular funcionamento tem relevância para a Constituição. Mas, entretanto, sua exclusão ou alteração, no entender do constituinte, não significaria uma alteração efetivamente importante no núcleo fundamental da Carta Magna. Caso contrário, por que deixá-los à mercê de um plebiscito, que ensajaria emenda à Constituição?

Temos então como princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico o princípio federativo (art. 1º, *caput*, da Constituição), o princípio da separação funcional do Poder (art. 2º da Constituição) (ver França, 1997: 1: págs. 11-16), o princípio democrático ou da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da Constituição) e os princípios elencados entre os “direitos e garantias fundamentais” (Título II da Constituição). O caráter de princípio fundamental não se restringe todavia aos direitos individuais de cunho liberal, mas também aos dispositivos que estabelecem direitos e garantias sociais, políticas e econômicas do indivíduo.

Além desses princípios constitucionais, existem outros que, embora não expressamente referidos pelo art. 60, § 4º, são imprescindíveis para a manutenção da integridade do texto constitucional. E nem precisariam estar.

A hermenêutica constitucional não pode ser realizada segundo os mesmos critérios da hermenêutica tradi-

cional (Guerra Filho, 1991: pág. 107; cf. tb. Rocha, 1994: pág. 45). Ela está submetida a princípios que lhe são específicos, e que devem orientar o jurista na concretização do texto constitucional.

Podemos identificar alguns deles:

- a) Princípio da supremacia da Constituição – a Constituição guarda os fundamentos e diretrizes constitucionais, sistematizados em normas constitucionais (princípios e regras constitucionais), que devem gozar de total supremacia quando confrontados com os fundamentos e diretrizes infraconstitucionais, ordenados em normas infraconstitucionais ou mesmo, a valores estranhos ao sistema jurídico como um todo;
- b) Princípio da suprallegalidade da Constituição – as normas constitucionais devem ser formalmente superiores às normas infraconstitucionais, devendo ser a integridade da Constituição, como norma fundamental e última instância de legitimidade do ordenamento jurídico, preservada (sobre a defesa da suprallegalidade constitucional, ver Dantas, 1994: pág. 31).
- c) Princípio da unidade da Constituição – não se interpreta a Constituição em tiras, “assim como jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito, não se interpretam normas constitucionais isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo (Grau, 1990: pág. 181); as normas constitucionais devem guardar harmonia entre si, “de modo que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim, sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na **decisão fundamental**” (Guerra Filho, 1991: pág. 108; grifo do autor).

- d) Princípio da continuidade da ordem jurídica – a nova Constituição recepciona toda a legislação infraconstitucional, edificada sobre a ordem constitucional superada pelo Poder Constituinte, desde que não fira os seus termos (cf. Barroso, 1993: pág. 173).
- e) Princípio da interpretação conforme a Constituição – a interpretação do texto infraconstitucional deve ser harmônico e compatível com o texto constitucional, determinando: “sempre que houver uma interpretação que conduza à inconstitucionalidade de uma norma e outra que permita sua aplicação válida, deve o intérprete prestigiar a segunda” (Barroso, 1993: pág. 173).
- f) Princípio da proporcionalidade – segundo o qual, diante do choque aparente entre princípios, deve ser determinada “a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outros(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo o seu ‘núcleo essencial’” (Guerra Filho, 1991: pág. 109).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, é preciso uma atenção maior.

O princípio da proporcionalidade tem-se tornado mais presente em nosso ordenamento jurídico, fruto da inspiração germânica de boa parte da doutrina e jurisprudência constitucional brasileira.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos: a proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade (Guerra Filho, 1991: pág. 110).

Parte-se do pressuposto de que a finalidade abrigada na norma constitucional muitas vezes enseja uma multiplicidade de meios, entre os quais cabe uma opção.

O meio eleito deve ser adequado para o fim almejado, devendo em seguida, ser comprovado a exigibilidade do meio como o menos agressivo aos “bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidam com aquele consagrado na norma interpretada” (Guerra Filho, 1991: pág. 110). A proporcionalidade em sentido estrito, determina por sua vez, que deve haver harmonia entre os valores constitucionalmente consagrados, de modo que um não entre em contradição com outro, um não se sobreponha a outro de maneira a revogar o último.

Para que o princípio da proporcionalidade seja adotado, é preciso admitir a hierarquia constitucional entre os seus princípios e a interdependência entre eles (Rocha, 1994: pág. 53). A Constituição não pode conter normas constitucionais que se contrariam. No caso dos princípios, pode haver aparentemente a possibilidade da aplicação simultânea e divergente entre eles diante de um caso concreto. E prossegue a professora mineira:

“(…) O que se apresenta ao intérprete, então, não é um conflito de normas constitucionais contendo dois princípios que traduziriam uma inibição de aplicação do sistema constitucional como um todo integrado e harmonioso. O que se verifica, naquela situação, não é senão uma imperiosa necessidade de interpretar-se corretamente não apenas um ou outro princípio, mas a Constituição, a dizer, o sistema como um todo, em sua inteireza e não apenas parte dele sobre a qual recaia, naquela hipótese, a atenção do intérprete para perfeito equacionamento do caso apreciado. Para tanto, urge aplicar-se o princípio da proporcionalidade aqui lembrado” (Rocha, 1994: pág. 53).

A doutrina aponta a existência de outros princípios da interpretação constitucional (Guerra Filho, 1991: págs. 108-109), mas para fins desse estudo, apontamos alguns deles, mais relacionados à hierarquia das normas constitucionais.

Acreditamos que os princípios aqui elencados também constituem cláusulas pétreas. Como admitir, por exemplo, que o Poder de Reforma retire a supremacia e a supralegalidade da Constituição, quebre a sua unidade e estabeleça que a lei ordinária ou uma emenda constitucional possa determinar, unilateralmente, o sentido do núcleo fundamental da Constituição. Instabilizar uma Constituição é criar circunstâncias para outra ordem jurídica-constitucional? E se são cláusulas pétreas, limites materiais ao Poder de Reforma, tais princípios também podem ser elencados entre os princípios fundamentais.

Ivo Dantas aponta que “a existência dos Princípios Fundamentais como expressão de uma técnica legislativa utilizada pelo constituinte representa uma hierarquia interna na própria Constituição” (Dantas, 1994: pág. 73). Não é certo atribuir aos princípios constitucionais o caráter de subsidiariedade quando confrontados com as demais normas jurídicas, pois exercem “uma força vinculante, sobretudo, no instante do exercício interpretativo” (Dantas, 1994: pág. 73).

Não vemos propriamente espaço para uma espécie intermediária entre os princípios constitucionais. Preferimos estabelecer apenas princípios fundamentais e princípios gerais.

Os princípios fundamentais incidem sobre todo o ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional, gozando de isenção ao Poder de Reforma Constitucional, sistematizando e ordenando os fundamentos e diretrizes fundamentais consagrados nos arts. 1º e 3º.

Os enunciados dos dispositivos supracitados não constituem princípios fundamentais, como aparentemente estabelece a Constituição no seu Título I. Representam sim fundamentos e diretrizes fundamentais para o ordenamento jurídico-constitucional, opções políticas do constituintes legadas para as gerações que lhes seguirem.

Sua positividade somente existe quando servem de alicerce para a edificação e concretização da norma constitucional (princípios e regras constitucionais).

Entendemos que os fundamentos e diretrizes fundamentais expressos nos arts. 1º e 3º da Constituição de 1988 também são cláusulas pétreas, mas não são, é preciso reiterar aqui, princípios. Nem mesmo o inciso III do art. 1º, que trata da livre iniciativa, pois ela constitui um dos fundamentos constitucionais da nossa sociedade, repelindo o coletivismo estatal (cf. Grau, 1990: pág. 220), e não se confundindo com o princípio geral da livre concorrência, abrigado no art. 170, IV, da Constituição.

A cidadania constitui um dos fundamentos da Constituição, ao estabelecer que a participação do indivíduo é necessária, tanto ativa como passivamente, nas decisões a serem tomadas pela sociedade. Sem a participação do cidadão, não há democracia. O inciso II do art. 1º da Constituição não tem isoladamente nenhuma valia jurídica (Barroso, 1993: pág. 178), mas uma função político-simbólica hipertrofiada, já que ela não existe de fato em nossa sociedade. A cidadania encontra positividade tão-somente enquanto sistematizada pelo princípio fundamental da soberania popular, com sede no art. 2º, da Constituição e qualificado pelo art. 60, § 4º, inciso II, da Lei Maior.

Subordinados ou decorrentes dos princípios fundamentais, os princípios constitucionais gerais estão diretamente relacionados a um dado subsistema constitucional. O princípio da legalidade, é um exemplo.

Do princípio fundamental da legalidade, sediado no art. 5º, inciso II, da Constituição e qualificado pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior, decorrem os princípios constitucionais gerais da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição), referente ao subsistema constitucional da Administração Pública) e o da legalidade tributária (art. 150, I, da Lei Maior), relativo ao subsistema constitucional tributário.

Há profundas divergências na doutrina constitucional quanto à delimitação do quadro dos princípios constitucionais fundamentais. Preferimos propor um critério posto na própria Constituição, pois não cabe a nós criar um novo, fora do ordenamento jurídico.

Aos princípios constitucionais fundamentais estão submetidos todos os demais princípios constitucionais e regras constitucionais. Não cabe aqui neste trabalho fazer uma classificação exaustiva deles.

## 6. Conclusão

A Constituição, como norma fundamental e legitimadora do ordenamento jurídico, deve guardar um mínimo de unidade, univocidade e coerência, a fim de que sua concretização normativa seja estável.

Através da Constituição, os padrões axiológicos e teleológicos a serem seguidos na produção e concretização da norma são predeterminados, vinculando toda a atividade estatal à obediência dos fundamentos e diretrizes consagrados constitucionalmente. Destes, a Constituição de 1988 destaca em seus arts. 1º e 3º, os fundamentos e diretrizes constitucionais fundamentais, as opções político-ideológicas que devem orientar o ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional.

Contudo, os fundamentos e diretrizes constitucionais fundamentais somente encontram positividade quando sistematizados e ordenados em normas constitucionais, tornando possível sua individualização no caso concreto. As normas constitucionais podem ser princípios ou regras constitucionais.

As normas constitucionais encontram-se hierarquizadas na Constituição, para que sua aplicação não seja desordenada e incerta.

A hierarquia entre as normas constitucionais ocorre da seguinte maneira:

- a) Em primeiro lugar, os princípios constitucionais fundamentais, expressos ou não no texto constitucional, assim qualificados por compor **parte** do núcleo de limites materiais ao Poder de Reforma, que incidem sobre todo o ordenamento jurídico, e aos quais se encontram subordinados os demais princípios constitucionais e as regras constitucionais;
- b) Em segundo lugar, os princípios constitucionais gerais, que são decorrentes e ou subordinados aos princípios fundamentais, com incidência limitada a um determinado subsistema constitucional;
- c) Por fim, as regras constitucionais, subordinadas aos anteriores.

Como não há hierarquia entre as regras constitucionais, na antinomia entre elas, uma terá que necessariamente excluir a outra. As regras jurídicas são ou não são constitucionais, mesmo que elas estejam formalmente na Constituição.

Os princípios constitucionais guardam uma hierarquia entre si, ao sobrepor os princípios constitucionais fundamentais aos princípios constitucionais gerais. Entretanto, inexistente uma antinomia entre princípios, mas sim uma concretização proporcional dos princípios nas situações jurídicas individuais. Inexistente um princípio constitucional inconstitucional, pois ao dar-se maior relevância a um em aparente detrimento de outro, não se está excluindo este do ordenamento jurídico-constitucional. Temos, sim, a presença mais forte de um princípio constitucional de grau hierárquico maior, sem invalidar o de grau inferior.

Se há um aparente conflito entre princípios da mesma hierarquia, deve-se aplicar o princípio constitucional fundamental da proporcionalidade, que concederá ao caso

concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, pesando a incidência que cada um deve ter, e, preservando-se assim, o máximo dos direitos e garantias consagrados constitucionalmente.

A Constituição pressupõe uma hierarquia entre suas normas, pois do contrário, sua concretização torna-se desarrazoada e insegura.

## Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto (1993). *Princípios Constitucionais Brasileiros*. In: *Revista Trimestral de Direito Público – I*. São Paulo: Malheiros, págs. 168-185.
- BORGES, José Souto Maior (1993). *Pró-dogmática: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais*. In: *Revista Trimestral de Direito Público – I*. São Paulo: Malheiros, págs. 140-146.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital (1991). *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COMPARATO, Fábio Konder (1994). *A Organização Constitucional da Função Planejadora*. In: *Revista Trimestral de Direito Público – 8*. São Paulo: Malheiros, págs. 12-23.
- DANTAS, Ivo (1994). *Constituição Federal – Teoria e Prática – I*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DANTAS, Ivo (1995.1). *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- DANTAS, Ivo (1995.2). *O Econômico e o Constitucional*. In: *Revista de Direito Administrativo – 200*. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun, págs. 55-69.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha (1995). *Função Social da Propriedade na Constituição Federal*. In: *Revista Jurídica In Verbis – 1/1*. Natal, UFRN/CCSA/Curso de Direito, maio/junho, págs. 7-13.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha (1997.1). *Discrecionabilidade e Estado Intervencionista*. Natal: mimeo.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha (1997.2). *Princípio Constitucional Fundamental da Função Social da Propriedade*. Natal: mimeo.
- GRAU, Eros Roberto (1990). *Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago (1991). *A Interpretação Especificamente Constitucional*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Fortaleza: 8(10): 105-110.
- NEGRÃO, Theotônio (1995). *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva.
- NEGRÃO, Theotônio (1992). *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. São Paulo: Malheiros.
- NEVES, Marcelo (1994.1). *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica.
- NEVES, Marcelo (1994.2). *Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica – Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão*. In: *Revista Trimestral de Direito Público – 5*. São Paulo: Malheiros, págs. 49-55.
- OLIVEIRA, Juarez de (1996). *Constituição da República Federativa do Brasil – Promulgada em 5 de Outubro de 1988*. 14 ed. Atual. São Paulo: Saraiva.
- REALE, Miguel (1993). *Sentido da Constituição e de sua Reforma*. In: *Revista Trimestral de Direito Público – 1*. São Paulo: Malheiros, págs. 9-15.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (1994). *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey.
- SARAIVA, Paulo Lopo (1993). *Constituição deles não é a nossa*. Natal: Cooperativa Cultural.
- VEIGA, José Gláucio (s/d). *Direito Econômico*. Recife: mimeo.

## Prática

# SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS

*Agenor Ferrelra de Lima Filho*  
Juiz de Direito

Ação..... INDENIZAÇÃO  
Autor..... CARLOS ALBERTO DOS SANTOS  
Réu..... COLÉGIO AMERICANO BATISTA  
Processo nº 00196052426-7

## EMENTA

– Responsabilidade civil. Danos materiais e morais.  
Ato ilícito caracterizado. Procedência da ação.

– No momento em que as instituições de ensino aceitam a matrícula, assumem, não só o dever educacional, mas também de guarda e proteção do matriculando. Vitimado o aluno de semi-afogamento na piscina do colégio, quando participando de um dia festivo, a responsabilidade civil evidencia-se por qualquer das teorias – objetiva ou subjetiva – máxime, em se tratando de menor impúbere.

Vistos etc..

CARLOS ALBERTO DOS SANTOS, por si e representando seu filho menor impúbere RODRIGO SEIXAS DOS SANTOS, ambos qualificados nos autos, promoveu, por intermédio de advogado legalmente habilitado, a presente AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MORAIS E MATERIAIS contra o COLÉGIO AMERICANO BATISTA, também qualificado, alegando os fatos e fundamentos jurídicos constantes na

inicial de fl. 02/22, resumidamente nos seguintes termos: de início, ressalta que a presente ação busca uma indenização pelos prejuízos causados ao menor RODRIGO SEIXAS DOS SANTOS, por absoluta negligência da instituição ré, ao permitir que o menor fosse vítima de semi-afogamento na piscina do colégio, fatalidade ocorrida no dia 15.03.96.

Em seguida, discorre sobre a pessoa do menor, como sendo um garoto de onze (11) anos de idade, que estudava no colégio réu há vários anos, recebendo sempre elogiosos comentários dos professores, e que convivia em completa normalidade com seus colegas e amigos.

Diz a peça vestibular, que abruptamente a boa trajetória de vida do menor RODRIGO SEIXAS foi interrompida no dia 15.03.96, dada a negligência dos propositos do demandado, ao não tomarem os devidos cuidados e permitirem que o referido menor fosse vítima de semi-afogamento na piscina do colégio, após participar de um banho livre em comemoração ao aniversário da instituição; que o menor permaneceu em baixo d'água por mais de quatro (04) minutos, sendo retirado quase sem vida e conduzido para o Hospital da Restauração, transcrevendo o diagnóstico médico de como dera entrada no Hospital.

Segundo a inicial, o menor foi transferido para o Hospital João XXIII, após a ré ter complementado o plano de saúde do menor, passando-o para um apartamento. Logo que recebeu alta, o menor foi submetido a tratamento fisioterapêutico por quase um (01) mês, custeado pelo colégio réu; no entanto, esse tratamento foi suspenso pelo colégio, no que restou à vítima e seus familiares um completo desamparo.

Alega a exordial que, devido ao quadro clínico do menor, este jamais se reabilitará profissionalmente ou poderá constituir uma família e que seus pais passarão o resto da vida no amparo diário do filho, impedindo-os de

realizarem vários projetos de vida, além do dispêndio financeiro que deverão suportar para a manutenção desse verdadeiro "hospital doméstico" em que foi transformado seu lar.

O autor discrepe os fundamentos jurídicos de seus pedidos e faz referência a lições doutrinárias. Apresenta também razões e justificativas fundadas na lei, na doutrina e na jurisprudência, que lhe assegurem as indenizações por danos materiais e morais para si e seu filho menor, esculpindo, inclusive, a forma do cálculo.

Para o autor, aos danos materiais estão incluídas as despesas com a manutenção e assistência do menor, além do custeio do tratamento da criança durante o tempo em que durar a sua convalescença, incluindo-se os gastos com tratamentos de fisioterapia motora e respiratória, aluguel de aparelhagem médica necessária à sua manutenção, medicamentos e assistência de enfermagem, e mais em quantia que este deixará de receber por ter sido arredado de qualquer atividade profissional (lucros cessantes), em forma de pensionamento, até que o menor complete 65 anos de idade, a ser calculado conforme os parâmetros sociais, culturais e econômicos da família.

Justifica o autor suas bases de cálculos na estrutura familiar e econômica da família, na idade do menor – quando ocorreu o sinistro acidente, até quando este venha completar 65 anos – e no potencial do menor, apresentando, para tanto, o seguinte cálculo do lucro cessante:

- a) dos 12 até os 19 anos (considerando que o menor fazia a 4<sup>a</sup> série, até o início do curso universitário), um (01) salário mínimo mensal;
- b) dos 19 até os 24 anos (conclusão do curso universitário, estimado em cinco (05) anos), três (03) salários mínimos (remuneração média de um estagiário universitário);

c) dos 24 anos até os 65 anos de idade, calculados em quinze (15) salários mínimos mensais (média de um profissional de nível universitário);

Alegou também o autor, que, no caso de falecimento do menor, o valor da pensão deverá ser revertida em seu favor, até quando a vítima completasse vinte e cinco (25) anos de idade. E cita jurisprudência a respeito;

Ainda, defendeu o direito à acumulação de danos materiais e morais, admissível com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo ele os danos morais afiguram-se de natureza ressarcitória, em favor do autor e do menor. Para este em decorrência do "...irrefragável sofrimento físico, sua indubitável privação das coisas da vida, sendo certo que a criança foi excluída de seu meio social, afastada em definitivo de seu convívio diário com amigos, bem como a possibilidade de constituir uma família, de sentir os prazeres derivados das relações humanas em todos os seus sentidos"; e para ele autor, "...por conviver com seu filho na situação em que o mesmo se encontra, verificar que todo o investimento afetivo e patrimonial feito em relação ao menor foi "jogado por água abaixo", tal como assevera no jargão popular, em virtude da ação danosa praticada pela parte adversa".

Ao final, requereu a citação do réu para, querendo, contestar a ação, sob pena de revelia, julgando-se procedente a ação em todos os seus termos, condenando-se o réu ao pagamento de indenização (ressarcimento) pelos danos materiais causados ao autor e ao seu filho menor, englobando-se as despesas de tratamento já realizadas e custeadas pelo próprio autor, bem como as despesas mensais que serão necessárias à manutenção da criança (tratamento fisioterapêutico, medicamentos, pagamento de mão-de-obra de enfermagem e aluguel de equipamentos hospitalares), além do pensionamento EM FAVOR DO

MENOR, bem como ao pagamento indenizatório dos danos morais para cada um – autor e o menor Rodrigo – em vinte (20) vezes o total resultante da soma de doze (12) meses da prestação paga a título dos danos materiais supra definidos, tudo a ser liquidado em execução do julgado;

Ainda, pleiteia pela condenação do réu nas custas processuais e honorários advocatícios de vinte por cento (20%) sobre o valor total da condenação, devendo as parcelas ressarcitórias serem corrigidas desde a cota do pagamento da importância até a data da efetiva satisfação do julgado, além de aplicação de juros legais.

Requereu a intimação do Órgão Ministerial, protestou por todos os meios de provas admitidas em direito, juntou os documentos de fl. 21/34 e deu à causa o valor de R\$ 10.000,00;

Em despacho inicial foi determinada a citação da parte ré, bem como que fosse oficiado à Procuradoria Geral da Justiça para que designasse um Promotor de Justiça para funcionar no feito.

Citado, o réu ofereceu contestação em 14 laudas (fl. 49/62), resumidamente nos seguintes termos:

Após comentar acerca da tempestividade da resposta e de um resumido relato da pretensão dos autor, diz o réu que o menor Rodrigo Seixas "...sentiu-se mal dentro da piscina do colégio, quando estava fazendo esforço físico não habitual, como todos os seus colegas".

Segundo a peça contestatória, a genitora do menor, que era ao tempo do acidente funcionária do colégio réu, não alimentou o menor satisfatoriamente, apesar de saber que o mesmo iria participar de um banho livre na piscina do colégio, fato este comentado por ela própria a várias pessoas.

Diz o réu que não há relação de causalidade entre o incidente e a suposta culpa do colégio, e insiste na culpa da genitora do menor por não tê-lo alimentado satisfato-

riamente, invocando, para tanto, o inciso I, do art. 1.521 do Código Civil.

Além de não ter sido o menor alimentado, também incorreu sua genitora em culpa por não haver notificado o colégio a respeito de alguma deficiência em relação à saúde de Rodrigo Seixas.

Em sua defesa, o réu sempre relacionou o acidente ao fato de não ter sido o menor alimentado satisfatoriamente, culpando os pais pelo acidente, e de que Rodrigo desfalceu em baixo d'água, sem se debater, gritar ou dar mostras de estar em dificuldades, isto devido à sua deficiente saúde. Ainda, que o menor brincava de mergulhar e de ver quem passava mais tempo embaixo d'água, ou quem era detentor de mais fôlego, sendo essa a causa do incidente, aliada à não-alimentação do menor naquele dia e de sua deficiente saúde.

Rebateu o colégio a acusação de negligência, ao fundamento de que, naquele dia, havia cerca de dez (10) professores e pessoas responsáveis pela piscina e pelo banho dos alunos, com programação previamente estabelecida e acompanhamento. Para tanto, transcreveu um relatório.

Alegou o réu, litigância de má fé do autor, por visar a aproveitar-se da ocorrência para explorar o colégio.

Que, o réu adotou providências urgentíssimas, desde quando tiraram o menor da água até quando o conduziram ao Hospital da Restauração. Rebateu também a indenização por danos morais.

Finalizou sua defesa, requerendo a total improcedência da ação. Protestou por todos os meios de provas admitidas em direito, notadamente provas pericial e testemunhal. Juntou um instrumento procuratório e os documentos de fls. 66/77.

Intimado o autor replicou, fls. 79/88, e falou às fls. 91 e 94, sobre os documentos juntados pelo réu às fls. 66 e 77;

O promotor de Justiça, fez algumas exigências, sendo pelo autor satisfeitas.

Designada audiência de conciliação, esta restou inexistosa. O processo foi saneado e admitida a produção de prova testemunhal. A parte ré protestou pela produção de prova pericial, tendo este Juiz reservado a decisão para depois de inquiridas as testemunhas..

Através da petição de fl. 126/132, o réu reiterou o pedido de exame pericial, objetivando detectar a deficiência de arritmia cardíaca ou outra moléstia, que pudesse ter motivado o desfalecimento do menor embaixo d'água;

Na audiência de instrução e julgamento, presentes as partes, seus advogados e o Representante do M. Público, novamente foi proposta a conciliação, sem êxito. Durante a audiência foram ouvidos o genitor do menor (autor), o representante legal da parte ré, quatro (04) testemunhas do autor e quatro (04) testemunhas do réu. As partes requereram as desistências de inquirição das demais testemunhas arroladas, sendo assim deferido por mim. O pedido de produção de prova pericial da parte ré foi indeferido, por esta apresentado agravo retido. As partes apresentaram suas razões orais e o M. Público requereu vista dos autos, sendo-lhe deferido, retornando com parecer às fls. 226 e 227, pela procedência da ação.

O parte autora atravessa uma petição, fl. 237, pleiteando a remessa de peças ao Ministério Público dos depoimentos prestados pelas testemunhas do autor: Fábio Almeida Bastos e Robson Leite de Ávila, para os fins de serem denunciados por crime de falso testemunho.

## É O RELATÓRIO.

Tomando em mãos os autos para “*sententia iudicis*”, mergulho rumo direto ao “*meritum causae*”, já que nenhuma preliminar subsiste aguardando apreciação.

## Considerações: prova pericial e falso testemunho

Antes, porém, de penetrar a fundo na análise dos fatos e das provas que norteiam a questão, entendo por bem tecer ligeiras considerações acerca da insistente produção de prova pericial almejada pelo réu, como também sobre a alegação de falso testemunho imputada às testemunhas Fábio Almeida Bastos e Robson Leite de Ávila.

Sobre a perícia, muito embora a tenha deliberado em audiência, reforço meu entendimento no despropósito da providência pleiteada. A argumentação em que se baseia o réu, moléstia cardíaca, insuficiência respiratória ou deficiência de alimentação não se me afigura razoável; pelo contrário, é pueril, desnecessária e completamente desprovida da mínima lógica racional. Sem qualquer pretensão, penso que andei bem ao indeferir a perícia almejada; a uma, porque o acidente teve como causa, devidamente demonstra, uma brincadeira bastante comum entre crianças, e até entre adultos, de testar o fôlego em baixo d'água; e a duas, porque o depoimento prestado pela testemunha DIANA MÁRCIA DORNELAS CÂMARA DE ALMEIDA – pediatra do menor Rodrigo e dos irmãos – sob o compromisso da lei, descartou completamente as suposições do réu, vindo a assegurar a boa saúde que esbanjava o menor Rodrigo, antes do incidente.

A persistência do réu com a perícia, afigura-se-me melhor como uma tentativa desesperadora de encontrar um culpado pelo acidente; um “tiro no escuro” em busca de um alvo, muito embora não exista esse alvo.

Estas são as considerações que entendo deixar registradas, salvo melhor Juízo dos Doutos Desembargadores, acaso venham a se deparar com o agravo retido.

No tocante à alegação de falso testemunho, peço vênia ao nobre e conceituado causídico da parte ré, para discordar de seu posicionamento e indeferir o pedido de remessa de peças ao M. Público. Não vislumbro qualquer

contradição nos depoimentos prestados pelas testemunhas Fábio Almeida e Robson Leite, capaz de comprometer-lhes o compromisso legal da verdade. Ambos prestaram depoimentos com segurança, e em momento algum caíram na alegada contradição.

Estaria este Juízo obrigado a deferir tal pedido de remessa de peças ao M. Público, caso concordasse com o entendimento do réu. Mas, em discordando, nenhuma razão tenho para acolher absurda pretensão. Esclareço, que ao réu lhe é assegurado o direito de oferecer representação criminal contra as testemunhas, se assim desejar, assumindo, nesta hipótese, integral responsabilidade com a providência.

## Responsabilidade civil

Encerradas estas considerações, passo a analisar o “*meritum causae*” propriamente dito. A matéria é difícil e complexa. A doutrina e a jurisprudência ainda em confrontos, nos dá a real dimensão do problema. Se por um lado o Código Civil adotou a responsabilidade subjetiva, ou teoria da culpa, como regra de aplicação, por outro, juristas diversos vêm eclodindo a responsabilidade objetiva, desprezando a culpa como elemento determinante.

Ao certo, tenho apenas a consciência limpa e a certeza de que a decisão a ser adotada será o reflexo de um exaustivo esforço mental para a aplicação da melhor justiça. Também certo, tenho a prevalência de uma das correntes, subjetiva ou objetiva, mas, ainda que aplique uma ou outra, não me tenham como seguidor incondicional.

O assunto realmente necessita de um aprofundamento geral dos fatos que o norteiam. Para melhor facilitar o entendimento da decisão, entendo necessário rememorar doutrinariamente a responsabilidade civil.

Tomando-se em análise a “*Lex Aquilia*”, por ter sido a maior revolução nos conceitos jus-romanísticos sobre a responsabilidade civil, temos:

*“Para que se configure o *damnum iniuria datum*, de acordo com a Lei Aquilia, era necessário determinar três elementos:*

- a) *damnum*, ou lesão da coisa;*
- b) iniuria, ou ato contrário a direitos;*
- c) culpa, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa (José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. II, pág. 280)” (Caio Mário da Silva Pereira – Responsabilidade Civil, 4ª edição – Editora Forense, págs. 5/6).*

Geneviève Viney, citado pelo mesmo doutrinador, na mesma obra, à fl. 09, ensina que a expressão “responsabilidade civil”, na linguagem jurídica atual, “*é o conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar este dano, oferecendo à vítima uma compensação*” (*Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Guestin*, volume sobre Responsabilité Civile, Introduction, nº 1).

Com bastante aprofundamento na matéria, o eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira, citando diversos juristas do mundo inteiro, transcreveu a conclusão de Alterini, quando este disse:

*“Todos são passíveis de sofrer um dano. Mas nem sempre esse dano é ressarcível. A ressarcibilidade do dano principia por pressupor que seja juridicamente atribuível a outro sujeito; e tem um limite objetivo que o circunscreve em quanto reparável.” (Atílio Anibal Aletrini, Responsabilidade Civil, nº 7, pág. 20).*

Ainda, tratando do assunto, o insigne doutrinador que tanto nos orgulha a nacionalidade, escreveu em sua obra, à pág. 11, que:

*“Tendo em vista a reparação, a responsabilidade civil oferece um plus adicionado à reparação. Esta pressupõe a existência de um dano. Mas o dano permanece no plano abstrato se o direito positivo não identificar o sujeito a quem é atribuível. O sociólogo pode contentar-se com a configuração filosófica da responsabilidade. O Jurista tem o dever de ir mais longe. Sente a necessidade de identificar o autor do dano, e oferecer ao ofendido a satisfação que, além de afirmar a existência da lesão, impõe sanções ao causador dela. E concretiza essas sanções. A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.”*

De tudo que fora observado acerca da responsabilidade civil, podemos sentir o quanto a matéria é complexa e embaraçosa. Ora se exige a culpa como elemento caracterizador, ora se dispensa.

Em meu modesto entendimento, acredito que a responsabilidade civil, em determinados casos, nasce a partir do ato ilícito, independentemente da culpa do agente causador. Aquele que sofre o dano não pode ficar a mercê de

uma averiguação de culpabilidade. Se por um lado o causador do dano não agiu com culpa, por outro, a vítima muito menos deve suportar o prejuízo. E na conceituação moderna da responsabilidade civil, o que se busca amparar é o prejuízo sofrido pela vítima.

Após passadas estas lições doutrinárias, chego à lúcida conclusão pela responsabilidade civil do colégio réu. Por onde correr a linha de raciocínio, adotando uma ou outra corrente – contratual ou aquiliana, objetiva ou subjetiva – lá estará a responsabilidade civil do réu e o dever de indenizar.

No especial, entendo que a responsabilidade civil aqui é contratual, pois entre o autor e o réu havia um contrato bilateral, com direitos e obrigações recíprocas. Não foi o acidente um fato desassociado do dever de guarda e proteção reservado ao colégio. O malsinado e trágico semi-afogamento do menor, ocorrido na piscina do colégio, contrariou o contrato assumido por este perante o autor, pai do aluno.

No momento em que um colégio recebe os alunos em suas dependências, assume instantaneamente e concomitantemente não só a responsabilidade para com a educação dos mesmos, mas também com a guarda, devendo protegê-los de todos os males. O contrato firmado entre o colégio e o aluno não se restringe apenas ao ensino, é mais abrangente, muito mais..., máxime, em se tratando de menores impúberes.

A responsabilidade aqui é geral, aberta, sem restrições e integral. Entregues os alunos ao colégio, estes devem ser devolvidos aos pais sãos e inteiros, não aos pedaços! Em contrapartida, os pais devem pagar um preço pelos serviços contratados, que se consubstanciam nas mensalidades escolares.

Os colégios não podem ser entendidos como detentores de ambiente hostil; pelo contrário, são por natureza

seguros, tranqüilos, confiáveis, responsáveis e sadios; nunca hostis! E os pais, no momento em que lá deixam seus filhos, devem sair com esta certeza; insisto: máxime, em se tratando de menores impúberes.

Imaginemos um colégio lecionando aulas práticas de química; pergunto: não seria dele a responsabilidade por eventuais acidentes (explosão) ocorridos durante as aulas, mesmo que por culpa dos alunos? Imaginemos agora um colégio que promove passeios com os alunos. Será que não tem a instituição responsabilidade por eventuais acidentes ou danos sofridos pelo alunos? Tanto num caso quanto no outro a responsabilidade é absoluta do colégio, não se admitindo nem mesmo a concorrência de culpa, principalmente se estiver envolvido menores impúberes.

Tratando-se de responsabilidade civil absoluta, como é o caso em tela, só através das excludentes de responsabilidade – legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade, caso fortuito ou força maior – é que se poderia elidir o colégio do dever de indenizar. Mas, nem de longe poderíamos admitir tais excludentes, até porque não foram cogitadas pelo réu.

Se considerarmos a inexistência de contrato de guarda e proteção do menor, o que não se admite, sendo tratada a questão como de responsabilidade aquiliana – que exige a culpa como elemento caracterizador da responsabilidade civil – ainda assim estará o réu obrigado a reparar os danos causados ao menor e ao autor.

Muito embora o réu tenha contraditado a versão do autor de que não havia instrutores e pessoas suficientes no cuidado dos alunos durante o banho livre, e admitindo estar o colégio com razão, ainda assim lhe sobraria a responsabilidade civil pela culpa “*in eligendo*”, por não terem os funcionários, que são prepostos do colégio, diligenciado corretamente o lazer oferecido e evitado o trágico acidente. Por outro lado, estando o autor com ra-

zão no que afirma, da mesma forma sobrar para o colégio a responsabilidade civil, por culpa “*in vigilando*”, por ter permitido que menores impúberes brincassem numa piscina sozinhos, sem a vigilância e acompanhamento de adultos.

O certo é que o menor Rodrigo foi vítima de semi-afogamento na piscina do colégio, quando participava de um banho livre em comemoração ao aniversário da instituição, sendo a causa uma brincadeira comum entre crianças, de ver quem passava mais tempo embaixo d’água. O menor não sofria de nenhuma debilidade em sua saúde, moléstia cardíaca, insuficiência respiratória ou deficiência de alimentação, como pretendeu caracterizar o réu. Como já dito anteriormente nas justificativas de indeferimento da perícia, a testemunha DIANA MÁRCIA DORNELAS CÂMARA DE ALMEIDA – pediatra do menor Rodrigo e dos irmãos – descartou completamente as suposições do réu, e assegurou a boa saúde que esbanjava o menor Rodrigo, antes do incidente.

A conclusão final é pelo reconhecimento unilateral e absoluto da responsabilidade civil do colégio. Qualquer das correntes que for adotada – contratual ou aquiliana, objetiva ou subjetiva – conduzirá à decisão para esta mesma certeza. O fato de haver ou não adultos no cuidado das crianças, não retira a responsabilidade civil do colégio, até porque, como já dito repetidas vezes, o aluno vitimado era menor impúbere.

Acidentes acontecem, sabemos disso! Mas o menor Rodrigo ficou embaixo d’água por mais tempo do que o permitido, sem que ninguém desse conta. Se considerarmos a tese de defesa do réu, os responsáveis pelas crianças – funcionários habilitados (instrutores de natação) – foram inábeis e cometeram “*culpa in vigilando*” no cuidado dos menores. No caso, opera-se a chamada responsabilidade indireta ou complexa, que é solidária à respon-

sabilidade por fato próprio ou direta, nos termos do parágrafo único, do art. 1.518 do Código Civil. Segundo Trabucchi, em *Instituzioni di Diritto Civile*, nº 90, citado por Caio Mário em sua obra já mencionada, à pág. 85, a responsabilidade civil indireta acontece “*quando a lei chama alguém a responder pelas conseqüências de fato alheio, ou fato danoso provocado por terceiro.*”

O Código Civil, precisamente no art. 1.521, inciso III, consagra esse entendimento e responsabiliza o patrão por ato ilícito praticado por seus empregados. Assim, de acordo com a lei material, ao colégio réu deve sobrar a responsabilidade solidária e indireta pelo acidente ocorrido com o menor Rodrigo, e o conseqüente dever de indenizar os danos materiais e morais advindos do ato.

## Os danos

Reconhecida a responsabilidade civil do colégio réu, resta-me então identificar o valor indenizatório. De uma coisa tenho certeza, o autor e seu filho menor Rodrigo estão amparados legalmente e merecem indenização total pelo prejuízos sofridos.

Para facilitar melhor o entendimento, levando-se em consideração os pedidos, entendo por bem dividi-los em tópicos, por espécie, e identificar o beneficiário.

## Os danos materiais

Os danos materiais, inquestionavelmente devidos, são facilmente apuráveis, pois são conhecidos e identificáveis materialmente. Dentre estes, posso incluir todas as despesas médico-hospitalares, aparelhagem, tratamento fisioterapêutico, medicamentos, etc., despendidos pelo autor para com o menor, desde o sinistro acidente até a sua pronta convalescença. Integram tais danos as despesas passadas, presentes e futuras. Enquanto vida tiver o menor Rodrigo, o colégio réu deverá garantir-lhe toda e

qualquer despesa que eventualmente necessite para a sua pronta recuperação.

No particular, entendo conveniente registrar a minha insatisfação pela forma como o colégio ignorou o estado de saúde de Rodrigo demitindo a genitora deste, que era sua funcionária, sem que houvesse garantido o plano de saúde que mantinha em favor do menor, e que inclusive, havia complementado para melhor.

As razões da demissão não me cabem apreciar, até porque não interessam à causa. O colégio poderia até ter razões para assim agir, mas, desde que não afetasse o menor, que precisava de cuidados médico-hospitalares. No entanto, o interesse maior de afastar aquela mulher que difamava a instituição – segundo o réu – pesou mais forte e fez com que seus dirigentes esquecessem de Rodrigo, deixando-o em completo desamparo. Esqueceram eles da responsabilidade civil por ato ilícito, e não deram conta de que o colégio poderia ser condenado ao custeio de tão caro tratamento. Agora, nada mais há de ser feito, senão, ter o colégio que amargar e suportar a carga dessa impensada atitude.

Esse entendimento, não se acha órfão de regulamentação; ele encontra respaldo no art. 1.538, do nosso direito substantivo, que assim dispõe:

Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. (grifo meu).

Como podemos observar, os lucros cessantes estão previstos, como danos indenizáveis, até o fim da convalescença. O autor os pleiteou, inclusive a título de pensão,

fazendo um escalonamento de acordo com a idade e possível progressão profissional do menor Rodrigo.

Aqui, esbarro em mais uma complexa e difícil matéria a ser decidida. A doutrina e a jurisprudência encontradas não conseguiram esgotar as dúvidas existentes, até porque não trataram de casos semelhantes, de forma que o entendimento a ser adotado, será o resultado de mais um exaustivo esforço mental de interpretação da norma e do caso.

A tese sustentada pelo autor está sobreposta integralmente no art. 1.539 do Código Civil. Vejamos o que diz o artigo:

Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

No caso da pensão, penso que a norma apreciada refere-se ao ofendido que exercesse ofício ou profissão; não a um menor impúbere, que não tinha responsabilidades alimentícias nem consigo próprio.

Qual o sentido da pensão, senão alimentícia e de sustento próprio? O menor Rodrigo não exercia atividade laborativa que lhe compensasse um salário ou ganho financeiro; pelo contrário, era um estudante de 1º grau sustentado integralmente pelo autor, seu genitor. Portanto, nenhuma perda sofreu ele nesse sentido.

E como sabemos, a responsabilidade civil vai até o limite do prejuízo sofrido pela vítima. Henri Lalou, referindo-se a respeito, disse: “*Pas de préjudice, pas de*

*responsabilité civile*” – não há responsabilidade civil onde não existe prejuízo (Traité Pratique de Responsabilité Civile, nº 135), ou como se expressou Ruggiero e Maroi, “a obrigação não nasce se falta o dano” (Istituzioni di Diritto Privato, vol. II, § 186), ambos citados por Caio Mário, à fl. 38, de sua obra já referida.

Não diria o mesmo se um acidente desta natureza tivesse ocorrido com um profissional ou trabalhador, que tivesse responsabilidades alimentícias consigo e com terceiros. Nesta hipótese, a indenização haveria de abranger uma pensão, proporcional ao quanto percebia o ofendido, para fazer face às despesas que normalmente tinha com os seus; do contrário, todos sofreriam as conseqüências de um ato ilícito, do qual não deram causa.

O autor é quem exerce a atividade laborativa e sustenta o próprio menor Rodrigo. Não houve para aquele perdas de sua capacidade de trabalho, até porque não foi o ofendido direto com ato ilícito. – Esclareço que a “dor de pai”, não se acha aqui analisada; a exposição interpretativa resume-se apenas ao direito de pensão, sob a ótica do dano material.

Referindo-se ao caso de homicídio, previsto no art. 1.537 do Código Civil – por ser o exemplo encontrado que mais se aproxima do aqui tratado – Caio Mário, à fl. 321, no ítem “vítima não exercendo atividade lucrativa”, comenta acerca de posições que inadmitem a indenização. Dentre outras, diz o eminente Jurista:

*“o que desperta a atenção, e provoca debates são os alimentos. A negativa tem sido a constante: se tais pessoas não devem alimentos, o ofensor não pode ser compelido a prestá-los, nos estritos termos do art. 1.537.”*

Mas, como se diz no direito: cada caso é um caso, e como tal deve ser analisado isoladamente. Nessa linha de

raciocínio, contrariando o ponto de vista de que o ofendido que não exercia atividade lucrativa, nem tinha obrigações alimentícias, não faz jus à pensão, pergunto: O autor deverá permanecer alimentando o menor Rodrigo, por suas próprias expensas, mesmo quando este alcançar a maior idade? E se o autor falecer ou ficar inabilitado para o trabalho – que Deus o livre – quem sustentará Rodrigo? Será que Rodrigo, futuramente, não iria trabalhar para pelo menos se sustentar?

Lembro que o menor ofendido ainda vive, em estado de vegetação, mas vive. E enquanto vida tiver merece ser alimentado e bem tratado, ainda com mais carinho. Por isso, sou partidário de reconhecer ao menor Rodrigo o direito a uma pensão mensal, até a sua pronta recuperação ou enquanto vida tiver. Registro que essa pensão, mesmo que transitada em julgado a decisão, está subordinada a uma cláusula “*rebus sic stantibus*”, podendo ser alterada para mais ou para menos em caso de modificação das condições econômicas do ofendido e do ofensor.

Quanto ao lucro cessante, penso que se confunde com a pensão. O menor Rodrigo não exercia atividade remunerada e ainda cursava o 1º grau menor; admitir o valor indenizatório da forma pretendida pelo autor, seria o mesmo que equiparar a expectativa de direito ao próprio direito. Um veículo que sofre uma avaria, pode ter seu preço reduzido no momento da venda, justificando o cômputo de lucros cessantes no cálculo do valor indenizatório; mas no caso dos autos, estando o menor com 12 anos de idade, cursando o 1º grau menor e sem exercer atividade lucrativa, não enxergo qualquer perda ou redução de direito, que ainda se acha em expectativa.

Segundo José Náufel, em novo Dicionário Jurídico Brasileiro, lucro cessante “é aquele que, razoavelmente, se deixou de lucrar, é a diminuição potencial do patrimônio (Clóvis Beviláqua, apud Léo Caldas Renault.)”

Ao que observo, o menor Rodrigo não sofreu nenhuma perda patrimonial, em termos financeiros. O fato de ser um bom aluno, de prometer profissionalmente, não lhe qualifica como um trabalhador em potencial. Há, como disse antes, uma expectativa de direito, que não pode ser confundida com o direito propriamente dito.

Os cálculos da pensão apresentados pelo autor, escalonado de acordo com a progressão estudantil e profissional do menor, – dos 12 aos 19 anos, um salário mínimo mensal; dos 19 aos 24 anos, quando estaria cursando uma faculdade, três salários mínimos; e após os 24 anos, estando já formado, uma pensão mensal de quinze salários mínimos, por ser a média de remuneração de um profissional de nível universitário, – não me parecem razoáveis.

Por isso, para fixação do valor da pensão, devo levar em consideração alguns aspectos, a saber: a região em que reside o menor – Região Nordeste – a condição social da família, o grau da ofensa sofrida pelo menor, os cuidados especiais que devem ser dispensados ao menor; de forma que se tenha um critério de razoabilidade. E assim sendo, colocando na balança todas estas considerações, fixo a pensão mensal em dois (02) salários mínimos vigentes no País.

## Danos morais

Os danos morais, igualmente aos materiais, são devidos e apuráveis. O entendimento hoje adotado é de que os danos morais são indenizáveis. O professor Caio Mário, com bastante clareza nos assegura dessa certeza, dizendo:

“O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direito integrantes de

sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como “qualquer pecuniária” e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (*Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, n° 525*)”<sup>1</sup>.

Mais adiante, o mesmo jurista encerra a questão fundamentando-se na Constituição Federal, da seguinte forma:

“A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. O art. 5º, n° X, dispôs “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo”<sup>2</sup>.

A Constituição Federal, ao se referir à pessoa, não faz distinção entre física ou jurídica, de forma que o dano moral atualmente encontra amparo jurídico na Carta Magna.

No particular, tanto o autor quanto o menor fazem jus à indenização por danos morais. Poderia alguém pensar em reservá-los apenas para um deles, ou seja, para o menor ou para o autor, nunca para os dois. Mas, quem

1 Caio Mário da Silva Pereira – Responsabilidade Civil. 4ª ed. Ed. Forense - pág. 54 e 58.

2 Caio Mário da Silva Pereira – Responsabilidade Civil. 4ª ed. Ed. Forense - pág. 54 e 58.

assim acreditar, está enganado. Caio Mário, lecionando a respeito, caracteriza o fato chamando-o de “dano reflexo ou em ricochete”, isto é, quando o ato ilícito atinge mais de uma pessoa.

Em várias passagens a respeito, retiradas em saltes de sua obra tão comentada, diz o eminente jurista às pags. 42/43:

*“Merece consideração especial o dano reflexo ou dano em ricochete. Não se trata de responsabilidade indireta, que compreende responsabilidade por fato de terceiro. A situação aqui examinada é de uma pessoa que sofre o “reflexo” de um dano causado a outra pessoa.... Em outra passagem, diz ele: “a tese do dano reflexo, embora se caracteriza como a repercussão do dano direto ou imediato, é reparável, “o que multiplica”, dizem Malaurei e Aynès, “os credores por indenização. Para que tenha lugar, há que estabelecer condições adequadas, mas que a rigor são aproximadamente idênticas às exigidas para a reparação do dano principal. Cumpre observar, contudo, que no dano em ricochete há duas vítimas e duas ações, posto que fundadas em um só fato danoso. Não será estranhável que, independentemente da natureza material deste, possa o dano reflexo ser um dano moral ou um dano pecuniário, uma vez que o prejuízo da vítima reflexa pode ser de uma e de outra espécie” (Philippe Malaurie e Laurente Aynès, Droit Civil, les obligations, n° 51, pág.50).”*

Concluindo a temática, Caio Mário ensina o seguinte:

*“em linhas gerais, pode-se concluir que é reparável o dano reflexo ou em ricochete, dès que seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada.”*

Por tais lições, chego lucidamente à conclusão de que tanto o autor quanto o menor fazem jus, concomitantemente, à indenização por danos morais.

### Liquidação do dano moral

Os danos morais que ora analiso, são inapreciáveis de valor. O acidente causou e vem causando fortes dores ao autor, e a toda família, de virem Rodrigo ter sido arrebatado do convívio social, afetivo e familiar. A imutabilidade do quadro clínico do menor – vegetando sobre uma cama, sem responder a estímulos ou sentimentos – tende a prolongar essa dor até o infinito, ou seja, até quando Deus assim o permitir. – Quero registrar a minha fé em Deus e em Jesus Cristo na ocorrência de um milagre, trazendo o menor Rodrigo de volta à vida normal. A dor não tem preço, muito menos desse porte, que é infinita. Essa cruz, carregará o autor e toda a família, até quando permanecer o menor Rodrigo em estado de vegetação. Como bem disse o autor, em outras palavras, a sua residência transformou-se num verdadeiro “hospital doméstico”.

E a doutrina, como se comporta a respeito?

Caio Mário da Silva Pereira, por demais explorado, ensina que:

*“a reparação em espécie nem sempre é possível, ou mesmo viável, dependendo da natureza do dano”<sup>3</sup>.*

Nesse caso, conclui ele:

*“substitui-se o conceito de “restabelecer uma situação”, pelo de proporcionar uma “compensação” à vítima (Alex Weill e François Terré, Droit Civil, Les obligations, n° 782, pág. 809).”<sup>4</sup>.*

3/4 Caio Mário da Silva Pereira – Responsabilidade Civil – 4ª edição – Editora Forense – pág. 308.

O insigne jurista, sustenta em suas Instituições de Direito Civil (vol. II, nº 176), que:

“na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos ou duas concausas:

I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial;

II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o “*pretium doloris*”, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Mazeaud e Mazeaud, *ob. cit.*, nº 419; Alfredo Minozzi, *Danno non patrimoniale*, nº 66) o que pode ser obtido “no fato” de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança (Von Tuhr, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, I § 106, *apud* Silvio Rodrigues, *in loc. cit.*). A isso é de acrescentar que na reparação do dano moral insere-se a solidariedade social à vítima.”

A partir destes ensinamentos, dois são os danos morais a serem apreciados; um para o autor e o outro para o menor Rodrigo. Veremos cada um individualmente, pois, penso que os autos oferecem elementos suficientes para, já aqui, identificar o “*quantum*” indenizatório.

### Dano moral do autor

Levando-se em consideração as lições passadas por Caio Mário, isto é, a dor que vem sofrendo o autor, o arrebate de seu filho do convívio social e familiar, o propósito de proporcionar uma compensação à vítima e de amenizar-lhe a amargura da ofensa, dentre outros aspectos, aliado ao poder aquisitivo e situação financeira do

colégio réu, afloro a minha sensibilidade judicante para, socorrendo-me de outros julgados em danos morais de menor complexidade – abalo de crédito – considerando o tamanho da dor, arbitro o dano moral para o autor em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

### Dano moral do menor

A fixação do valor indenizatório do dano moral em favor do menor Rodrigo, deve seguir a mesma linha de raciocínio que a do autor. Só que, com algumas peculiaridades, visto que ele é a própria vítima direta, que foi arrebatado do convívio social e familiar, e porque não dizer arrebatado da própria vida, dos direitos da vida: de brincar, de brigar, de jogar, de estudar, de namorar, de amar, de ganhar, de perder, de trabalhar, de sentir, de correr, enfim, de tudo que a vida oferece. Estas perdas, tidas como os maiores patrimônios do ser humano, não têm preço. Quanto valem? Dez, cem, mil, milhão de reais? Realmente não tem preço. Devo então compensá-lo pecuniariamente, levando em consideração todos estes aspectos e os referidos quando da fixação do valor indenizatório em favor do autor. E assim, fixo o valor indenizatório em favor do menor, na importância de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Concluída a difícil missão de fixar os valores indenizatórios, encerro meu mister, com a consciência tranqüila de ter agido com prudência e transparência. Nenhuma influência recebi de quem quer que seja, senão da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira e Clayton Reis, que tanto me auxiliaram na tarefa.

A tudo isto acrescento que o DD. Promotor de Justiça, opinou no sentido de acolher integralmente os pedidos iniciais.

Diante do exposto, com fundamento no art. 159, c/ c os arts. 1.521, III, 1.539, ambos do Código Civil, julgo

precedente a presente ação, para condenar, como condenado tenho, o COLÉGIO AMERICANO BATISTA, a indenizar o autor CARLOS ALBERTO DOS SANTOS e o seu filho menor RODRIGO SEIXAS DOS SANTOS, este representado pelo genitor, nos danos materiais e morais abaixo discriminados, bem como, no ônus da sucumbência, isto é, no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em doze por cento (12%) sobre o valor da condenação, (afastada dos cálculos as despesas futuras, por serem desconhecidas, a serem despendidas com o tratamento do menor).

- a) DANOS MATERIAIS: todas as despesas médico-hospitalares, aparelhagem, tratamento fisioterapêutico, medicamentos, etc., despendidas pelo autor para com o menor, desde o sinistro acidente até a pronta convalescença do mesmo. Enquanto vida tiver o menor Rodrigo, o colégio réu deverá garantir-lhe toda e qualquer despesa que eventualmente necessite para a sua pronta recuperação, estas a serem apuradas em liquidação de sentença, por artigos, mediante a apresentação, pelo autor, dos comprovantes das despesas.
- b) PENSÃO MENSAL (fundida com lucros cessantes): em favor do menor Rodrigo, no valor de dois (02) salários mínimos, enquanto vida tiver o mesmo, devendo o colégio réu incluí-lo na folha de pagamento de seus funcionários. Dita pensão deverá ser paga diretamente ao genitor do menor, Sr. Carlos Alberto dos Santos, ou em conta bancária em nome deste, ou na sua falta, em nome de quem esteja com a guarda e proteção do menor. O colégio poderá fazer opção pelo

pagamento integral do valor da pensão. Neste caso, levando-se em consideração a vida média do homem, já consagrada pelos nossos Tribunais em sessenta e cinco (65) anos de idade. O valor deve ser calculado em quantidade de meses, até quando o menor atingisse esta idade, devendo ser depositado em Caderneta de Poupança, em favor do menor, sob a administração do seu genitor ou de quem esteja com a guarda e proteção do mesmo;

- c) DANOS MORAIS DO AUTOR: fixados no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- d) DANOS MORAIS DO MENOR: fixados no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

Custas "ex-lege".

P. R. I.

Recife, 02 de junho de 1997

**Agenor Ferreira de Lima Filho**  
Juiz de Direito

# SENTENÇA CÍVEL. CONSIGNAÇÃO DE PAGAMENTO. ANATOCISMO

**Eduardo Augusto Paurá Peres**  
Juiz de Direito Titular da 15ª Vara Cível da  
Capital

Ação: ... DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Autor: .. Esquadria de Alumínio e Vidros Comércio e  
Indústria Limitada – Esquivanor

Réu: ..... Banco Meridional do Brasil S/A.

Processo N° 00188003446-8

## EMENTA:

– *Ação de Consignação em Pagamento – mora accipiendi provada em vista da caracterização do anatocismo – procedência da ação.*

– *É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121). Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras, dado que a Súmula 596 não guarda relação com o anatocismo. Re. nº 90.341 (Supremo Tribunal Federal).*

– *ademais, é de se considerar que a regra do art. 4º do decreto nº 22.626/33 não foi revogada pela Lei nº 4.595, de 31.12.64, consoante se acha assentado na jurisprudência desta corte. Re. 96.875 – Relator – Ministro Djaci Falcão.*

Vistos etc.

ESQUADRIA DE ALUMÍNIO E VIDROS COMÉRCIO E INDÚSTRIA LIMITADA – ESQUIVANOR – sociedade comercial inscrita no C.G.C. do Ministério da Fazenda sob o nº 00.010.590.0001-91, com sede na rua da Paz, no 155 (matriz), no bairro de Afogados, nesta cidade do Recife, Estado de Pernambuco, plenamente individuada e representada em Juízo, consoante está dito no preâmbulo da peça vestibular e documentos dos autos, por meio de advogado habilitado – *ut* instrumento de mandato de fl. dos autos – propôs a AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO contra BANCO MERIDIONAL DO BRASIL S/A., instituição financeira igualmente identificada nas considerações preliminares da proposição em tela e defendida, no bojo dos autos, por advogado de sua livre escolha.

Em promoção inicial muito bem posta, o Professor GIOVANNI CRIBARI defende a tese da permanência, entre nós, da proibição da capitalização de juros, a qual remonta ao nosso Código Comercial (art.253) e a lei – dita de Usura – (Decreto 22.626/33 – art. 4º) disposições cristalizadas na Súmula 121, do Supremo Tribunal Federal, dado que a Súmula 596, da mesma Corte, que se refere à reforma bancária (lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1.964) e à taxa de juros não guarda relação com o ANATOCISMO.

Após sábias lições sobre a prevalência da regra de competência que dispõe o lugar do pagamento e/ou do depósito, como aquele apto a dirimir controvérsias no que tange aos problemas desencadeados pelas obrigações, ao invés da norma modificadora da competência (foro do contrato) ou foro de eleição, o Dr. GIOVANNI CRIBARI, depois de lúcido discurso a respeito do que seja DIREITO GERAL E DIREITO ESPECIAL (singular), entrando no mérito da *res in judicium deducta*, em resumo, alega:

“...Fácil deduzir, portanto, que o *direito especial* não concedeu às instituições financeiras a *odiosa exceção* de praticar o anotocismo, onde não se tem certeza do que seja o *principal* (capital e do que seja *acessório* e a sua legal e justa remuneração (juros), quando essa indispensável *dicotomia* deve sempre permanecer, aliás como dispõe o direito geral e comum (*Cód. Civ. Arts. 944 e 933*). Capital, juros, taxa de juros e capitalização são fatores e conceitos diferentes, por isso mesmo separáveis e separados. Em relação ao capital (dívida principal), o juro (dívida acessória) é com ele coetâneo. Sempre. Finalmente, não é lícito a ré pretender atribuir a autora condições mais onerosas do que as estipuladas nos instrumentos e/ou títulos negociais.”

Eis, então, como o caso está deduzido em Juízo, *ipsis litteris*:

## O FATO

“...A autora, em 17 (dezessete) de março de 1987, celebrou com a *filial da ré*, Agência 338, situada na Avenida Nossa Senhora do Carmo, nº 110, na cidade de Recife-PE., contrato de abertura de crédito em conta de amortização por caução de duplicatas, no CCD/87/0036 (doc. nº 06) com limite de crédito aberto no valor de Cz\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzados), para pagamento no prazo de 59 (cinquenta e nove) dias, isto é, com vencimento em 15 de maio de 1987, tendo como forma de reajuste a LBC e os juros compensatórios de 5% (cinco por cento) ao mês, além de nota promissória no valor de Cz\$ 210.000,00 (duzentos e dez mil cruzados), (doc. nº 08), emitida “em segurança da boa liquidação”, tudo *pagável na praça da cidade do Recife*.

No dia 26 (vinte e seis) de maio de 1987, a autora estipulou com a filial da ré – Agência no 338, Recife – PE.- novo e idêntico contrato bancário, inclusive sob a

mesma nomeação, o de no CCD/87/00076 (Doc. nº 07), com limite de crédito aberto no importe de Cz\$ 90.000,00 (noventa mil cruzados), para pagamento no prazo de 59 (cinquenta e nove) dias, isto é, com vencimento em 24.07.87, tendo como fator de reajuste a LBC e os juros compensatórios de 3% (três por cento) ao mês, e nota promissória no valor de CZS 126.000,00 (cento e vinte e seis mil cruzados) – (doc. nº 09) – emitida “em segurança da boa liquidação”, *pagável na praça do Recife*.

Estabeleciam os preditos negócios jurídicos juntamente com as referenciadas notas promissórias, deles integrantes, os *juros moratórios* de 1% (um por cento) ao mês, acrescidos de *comissão de permanência* de 5% e 3% (cinco e três por cento), respectivamente (docs. nºs 08 e 09), para reger e sancionar a hipótese de *inadimplemento*.

Esses fatores (juros compensatórios de 5% e 3%; juros moratórios de 1% e correção monetária pela variação do índice da LBC) são *imutáveis* e *insubstituíveis*, posto resultantes de disposição expressa na *avença* celebrada entre as partes, autora e ré. Não obstante é isso, é preciso bastante cuidado com a aplicação desses índices na matemática financeira, mormente quando utilizados por estabelecimentos bancários.

## DO DIREITO DA CONSIGNANTE:

.. É sabido que tanto aos particulares, como “às próprias instituições financeiras públicas ou privadas, ser vedado e de modo absoluto, sem *exceção*, a prática do *anotocismo*, isto é, a incidência de juro sobre juro, ou o que em matemática convencionou-se chamar de “modelo dos juros compostos.” Nesse sentido dispõe a Súmula nº 121, do Supremo Tribunal Federal: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”

“Poder-se-ia dizer, ou argumentar, que a teor da Súmula no 596, do STF, ao determinar, que as disposições do Dec. nº 22.626/33 não se aplicam às *taxas de juros* e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”, estariam elas, instituições financeiras, liberadas para praticarem o *anatocismo*. Assim não o é.

Basta ler com a devida e necessária atenção a precitada Súmula nº 595, para se notar que a liberação diz respeito apenas e tão-só “as *taxas de juros*”, *jamaís ao modo de capitalizá-las* (anatocismo). O que cresce, o que é a mais, o que é fixado pelo Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.595, de 31.12.64, art. 4º, inciso IX) a ser objeto de *resolução* do Banco Central do Brasil (Lei no 4595/64, art. 9º) é o limite para mais ou para menos, da *taxa de juro*. Só isso. Nada mais...

### DO CABIMENTO DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO:

Todavia, no mês de agosto de 1987, a autora procurou a gerência da filial da ré em Recife-PE., objetivando compor o seu débito, parte dele mediante o pagamento em dinheiro, e ao restante – como é comum nos meios ou negócios bancários – com a entrega de novas duplicatas (docs. nºs 10 a 14, em anexo); e a assinatura de novo contrato de abertura de crédito em conta de amortização (doc. nº.15, em anexo), e emissão de outra nota promissória (doc. nº. 16, em anexo); interessada então, como agora, na exoneração, visto que a permanência do *real débito* é potencial e efetivamente danosa.

Não obstante essa legítima atitude e pretensão da autora (direito subjetivo à liberação) em insistir na *liquidação* do seu *real débito* – parte mediante outra

operação bancária – a gerência da filial da ré, Agência 338, Recife-PE. passou aproximadamente 90 (noventa) dias “estudando” a operação para, no mês de novembro de 1987, apresentar um “débito” atribuído à autora bem diferente da realidade (doc. nº. 17, em anexo).

...Na mesma oportunidade a autora fez ver à gerência da filial da ré em Recife, que a imotivada demora dela no “estudo” da nova operação bancária, acrescida da vultosa e ilegal quantia apresentada com “débito” dela autora, viabilizava qualquer composição, posto irrogar a ela autora pesado e travisto ônus ou gravame; deprecando, dessarte, reexame do assunto, mercê de sua pretensão revestir-se da mais absoluta correção e juridicidade.

Renitente e recidivante permaneceu a gerência da filial da ré em Recife no propósito de tentar “legitimar” o importe do débito que já a essa altura – dezembro de 1987 – atingia o valor de Cz\$ 767.654,59 (setecentos e sessenta e sete mil seiscentos e cinquenta e quatro cruzados e cinquenta e nove centavos) (doc. nº. 17, em anexo) recusando-se a receber, *sem justa causa*, a ré, a oferta real do *débito real* formulada pela autora em evidente e incontestante *mora accipiendi*.

...Na real verdade, ou na verdade verdadeira mormente sob as óticas da matemática financeira e jurídica, com estreita obediência aos termos dos negócios jurídicos bancários estipulados e o disposto nas notas promissórias emitidas como garantia o débito da autora até o dia 31.08.88, monta, apenas, em Cz\$ 425.702,08 (quatrocentos e vinte e cinco mil, setecentos e dois cruzados e oito centavos) (docs. nºs 18 e 19, em anexo) quantia que a autora ofereceu à gerência da filial da ré em Recife não encontrando a menor receptividade; antes pelo contrário: *obteve veemente recusa quanto ao recebimento...*”

Desse modo, requereu a citação da consignada para receber a importância de Cz\$ 425.702,08 (quatrocentos e

vinte e cinco mil, setecentos e dois cruzados e oito centavos) que compreende o principal, juros e demais encargos, em dia e hora designados, dando a ré à autora, a devida e regular quitação plena ou total, sob pena de ser feito o respectivo depósito ou a consignação na forma da lei, da importância oferecida como pagamento liberatório, ou se assim não se dispuser a receber, (seja citada) também a contestar a ação, no prazo que lhe faculta a lei.

Bate-se pela procedência de seu pleito, sujeitando-se a consignada, pelo ônus da sucumbência, ao pagamento das despesas do processo e honorários advocatícios.

Protestando pela produção de provas em direito, admitidos (todos os meios) deu a autora valor à causa, o qual não foi contestado.

Com a inicial vieram aos autos os documentos de fl. 10 *usque* 48.

A ré foi citada, por meio de Carta Precatória, na Comarca de Porto Alegre – RS. Comparecendo em Juízo – oportuno tempore – ofereceu defesa de forma e de substância.

Formalmente, em preliminar, argüi a extinção do processo, sem julgamento do mérito, a teor das disposições dos arts. 295, VI, 284, 282, 111 c/c o art. 267, I, todos do CPC, porquanto a autora, equivocadamente, fundamenta o pedido no art. 930 e seguintes, da Lei Processual Civil, que dispõe sobre ações possessórias, ao invés dos arts. 890 e seguintes, do referido diploma legal, que trata da ação de consignação em pagamento.

Outrossim, subjaz, envolvida com a discussão de mérito, uma outra questão formal, a qual diz respeito à IDONEIDADE E/OU INIDONEIDADE da ação manejada pela autora para dirimir controvérsia, ou seja, em resumo:

A mora é do devedor ou da devedora/consignante e não da credora/consignada.

Destarte, a autora não teria satisfeito a obrigação no modo e no tempo devidos. com ênfase e corolário dessa argumentação surpreende-se a referência da ré ao que denomina confissão da autora, constante do item 11, da peça vestibular, *in verbis*:

“Acontece, porém, que a autora não teve condições financeiras, face à impossibilidade econômica superveniente, para, nos prazos ajustados, liquidar ou satisfazer a prestação devida, objeto dos mencionados contratos bancários celebrados com a filial da ré – Agência 338, Recife-PE.”

Os contratos celebrados, à guisa de ilustração diz a Ré, vencer-se-iam, respectivamente, em 15.05.87 e 24.07.87, quando a ré, apenas, teria sido procurada pela autora (vide item 12 da petição inicial) no mês de agosto de 1.987. Ora, em sendo a obrigação “portable”, desenganadamente configurada está a mora da consignante/devedora.

Quanto isso não bastasse, continua a ré, a recusa da pretensa oferta de pagamento teria sido justa, haja vista, a quantia, a menor, que envolveu/envolve a oblação.

Como “pano de fundo” dessa justificada recusa da oferta de pagamento e no mérito – propriamente dito – da consignatória sobrelevam os seguintes argumentos da ré/consignada:

“...Há mais de dez (10) anos que a questão da aplicação da Lei de Usura foi definitivamente assentada pela atual jurisprudência através da Súmula 596 do STF, não procedendo a alegação da cobrança ilegal de *juros capitalizados* com base na Súmula 121 do STF, não sendo verídicas as articulações feitas nos itens 8/9 da inicial.

Como é sabido o Decreto 22.626/33 só se aplica nas relações jurídicas *fora do âmbito financeiro*, com a Súmula 121 do STF sendo superada (os grifos são meus), nessa parte, pela já mencionada Súmula 596, que dispõe:

“As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional”, o que significa dizer que a proibição do Decreto nº. 22.626/33 não atinge as operações bancárias.

Assim, com a revogação da Lei de Usura, perante o entendimento jurisprudencial (Súmula nº 596) é permitida a *cumulação dos juros* (sic)....”. Grifei...

No que seria o reverso da medalha, a confissão da consignada/credora da prática do ANATOCISMO.

Acompanham a contestação, um parecer do professor ARNALDO WALD, sobre a chamada Lei de Reforma Bancária (Lei nº 4.595/64) em face da Lei – dita de Usura – Decreto nº 22.626/33, além de alguns excertos de decisões de nossa jurisprudência sobre a liberação de taxas de juros.

Da fl. 167 *usque* 177, a sábia réplica da autora, com realce para as colocações que dizem respeito *ao tempo do pagamento*; que dizem respeito à *mora*; e, conseqüentemente que dizem respeito à *idoneidade e/ou inidoneidade* da ação de consignação em pagamento sob julgamento

Os autos, então, contados e preparados vieram-me conclusos para decisão.

## É O RELATÓRIO.

### DECIDO

A lide, consoante anteviu meu Ilustre antecessor, que mandou preparar os autos, comporta julgamento antecipado por permissivo do art. 330, 1, do Código de Processo Civil.

Argüidas, que foram, defesas de forma, antes de adentrar no mérito, passo a apreciá-las:

A primeira preliminar não resiste ao milenar brocardo romano *jura novit curia*. Com efeito, *in casu*,

além de não ser necessária a indicação da norma jurídica que supostamente atribui o efeito ao fato, todos os itens da petição inicial demonstram à saciedade que se trata de ação de consignação em pagamento como meio liberatório de obrigação legal e contratual. Não há confundir-se, assim, a fundamentação jurídica com mera indicação de dispositivo legal. Esta pode até inexistir.

DESACOLHO, pois, esta preliminar.

A segunda preliminar, que subjaz envolvida nas entrelinhas da discussão – dita de mérito – pela ré, defende a tese da existência da mora *da devedora (autora/consignante)* que macularia uma das condições da Ação de Consignação em Pagamento e, determinaria, via de conseqüência, a extinção do processo com respaldo no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

A tese da ré/consignada tem como antecedente a passagem da petição inicial que resolvo transcrever agora

“...*Item II. Acontece, porém, que a autora não teve condições financeiras, face à impossibilidade econômica superveniente, para, nos prazos ajustados, liquidar ou satisfazer a prestação devida, objeto dos mencionados contratos bancários celebrados com a filial da Ré – Agência 338, Recife-PE.*

Como conseqüente, os vencimentos dos contratos previstos, respectivamente, para os dias 15.05.87 (quinze de maio de mil novecentos e oitenta e sete) e 24.07.87 (vinte e quatro de julho de mil novecentos e oitenta e sete), enquanto a ação de consignação em pagamento, apenas, foi manejada *no mês de fevereiro de 1988*.

Entretanto, do item 11 *usque* 16, da petição inicial, cujos excertos mais significativos são transcritos em passagens do relatório desta sentença, quando se escreve acerca do *cabimento da ação de consignação em pagamento*, a autora/consignante já introduz a questão *do tempo do*

pagamento e da *mora accipiendi*, a qual (questão) se descortina, de modo mais visível e ampliado, na réplica à contestação.

Destarte, não ponho vírgulas e nem as retiro do discurso do Professor GIOVANNI CRIBARI, quando, na réplica à contestação escreve sobre o *tempo do pagamento da obrigação*. Por isso, chamo-o à colação:

“...O vencimento – que é o momento de quando se deve pagar – pode ser alterado pelas próprias partes na, ou durante, execução do contrato, notadamente pelo comportamento que venham elas a tomar no que tange à *solutio*, ou, se for o caso, à execução forçada da obrigação. O prolongamento da tolerância do credor no exigir o cumprimento da obrigação é, sem dúvida alguma, circunstância modificativa do conteúdo da mora, descaracterizando-se, com isso, a mora *ex re*, tendo em vista que o elemento tempo passou a ser irrelevante. Essa condescendência, em muitos casos – a demora no reclamar a “*obligatio*” é importante – exige para configuração da mora a *interpelação* (Cód. Civil, art. 960, segunda parte).

“.. Ora, no caso concreto a própria natureza do negócio jurídico celebrado – contrato bancário de abertura de crédito, de “*fatispécie*” complexa – de crédito – débito rotativo, movimentado por meio de cheques, cujos contratos estipulam de logo as possíveis prorrogações (ver cláusula segunda dos contratos celebrados entre a autora e o réu), e até mesmo a denominada “comissão de permanência” (ver cláusula sétima), notadamente, ainda, *no caso concreto* as encetadas negociações objetivando compor a situação de crédito – débito (ver doc. nº. 07, junto aos autos, e o expresso no item 3, da petição inicial), servem, e de modo suficiente, para demonstrar que, *in casu* não há que se falar em mora, por desrespeito ao fator tempo (Cód. Civil, arts. 952 a 954)

E ainda, em definitivo *sentencia* o professor GIOVANNI CRIBARI:

“...*Além do mais* esse fator *tempo* sempre foi *irrelevante*, porquanto facilmente demonstrado restou pela própria exposição do fato constante na petição inicial, fatos esses devidamente comprovados (prova pré-constituída), haja vista que o não-pagamento ocorreu no ano 1987 e se não fora a interposição por parte da autora desta *ação* consignatória (em fevereiro de 1988) – o destaque e a interpolação do ano são meus – ainda, com certeza, estariam as partes estudando novos negócios, mas, diga-se, *em bases ilícitas*, como queria o réu, demonstrou a autora.

Bem é de vê, de conseguinte, que a proposição ação de consignação em pagamento por parte da autora, no mês de fevereiro de 1988, afasta a argüição do réu da *mora ex re* por desrespeito a INIDONEIDADE da ação consignação em pagamento.

DESACOLHO, desse modo, essa segunda preliminar que diz respeito às condições da ação de consignação em pagamento.

Ultrapassados tais óbices formais à pretensão da autora/consignante, passo a apreciar O MÉRITO, tendo por bem em acolher o pedido.

O cerne da discussão consiste na legalidade ou não da prática do anatocismo, que caracterizaria, se legal, a mora do devedor, ou, ilegal, a mora *accipiendi*.

Entende o Réu, conforme se vê de sua contestação fl., que a Lei 4595/64 e a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal teriam derogado o Art. 4Q do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) e a Súmula nº 121 da Corte Suprema, dizendo com clareza que recusou a oferta de pagamento que lhe foi feita pela autora/consignante, por ter o valor inferior ao dos seus cálculos, incluídos nestes (cálculos do banco réu) a *capitalização de juros*, justifi-

cando sob este fundamento o que alega *ser* JUSTA RECUSA.

Tendo havido oferta, recusada esta pelo Réu, a ação de consignação em pagamento é o meio próprio para dirimir-se a controvérsia surgida, sendo, como disse antes, IDÔNEA a ação proposta e, procedente, para liberar a autora de sua obrigação, expungida do ANATOCISMO.

Sem dúvida, a posição assumida pelo réu é equivocada. Veja-se o que é afirmado em sua peça contestatória, fl. 82, itens XX, XXI, XXII, que transcrevo, a seguir, integralmente:

“XX – Há mais de dez (10) anos que a questão da aplicação da Lei de Usura foi definitivamente assentada pela atual Jurisprudência, através da Súmula 596 do STF, não procedendo a alegação de cobrança ilegal de juros capitalizados com base na Súmula 121 do STF, não sendo verídicas as articulações feitas nos itens 8/9 da inicial.”

“XXI – Como é sabido o Decreto 22.626 só se aplica nas relações jurídicas fora do âmbito financeiro, com a Súmula 121 do STF sendo superada, nessa parte, pela já mencionada Súmula 596, que dispõe: “As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional”, o que significa dizer que a proibição do Decreto nº. 22.626/33 não atinge as operações bancárias.”

“XXII – Assim, com a revogação da Lei de Usura, frente ao entendimento jurisprudencial (Súmula 596), É PERMITIDA A CUMULAÇÃO DE JUROS, entendimento que passou a vigorar a partir do Acórdão Líder do STF de 05 de mar-

ço de 1975, referente ao Recurso Extraordinário nº 78.953, em que o Plenário da mais alta corte do país considerou a jurisprudência no sentido da revogação do Decreto no 22.626, pela Lei 4.595, valendo acrescentar que a capitalização está prevista no contrato.”

Acompanham a contestação, um parecer do professor ARNALDO WALD sobre a chamada Reforma Bancária (Lei 4.595/64) em face da Lei – dita de Usura – Decreto nº 22.626/33, além de alguns excertos de decisões de nossa jurisprudência sobre a liberação de taxas de juros (grifei).

A posição do réu – repito – é equivocada. Com efeito, quanto ao fato de que a capitalização está prevista no contrato, inaplicável o princípio *pacta sunt servanda*.

É que a regra geral para a validade dos contratos, além dos pressupostos previstos no art. 82 do Código Civil, consiste na sua compatibilidade com as normas jurídicas de natureza cogente.

Onde há cogência há impositividade à vontade humana, a qual não pode ser manifestada em contradição com o comando da regra jurídica, sob pena de invalidade do negócio jurídico praticado *contra legem*.

A infração da norma cogente implica a nulidade absoluta da disposição contratual (art. 146 do Código Civil).

No que se refere ao ANATOCISMO, não há confundir-se tal prática com a liberação das taxas de juros. Consiste a capitalização *de juros*, na forma de seu cálculo, inadmitindo-se a contagem mês a mês, dia a dia, mas tão-somente ano a ano, evitando que se avolume o débito, como no caso de juros ou juros compostos. Em outras palavras, o anatocismo é a incorporação dos juros ao capital, contando-se novos juros, novamente incorporando-os e assim sucessivamente.

A posição doutrinária é de clareza meridiana. Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, Vol. 40, 338, 108 Ed., Saraiva, São Paulo, 1975) tratando do assunto em relação ao Decreto nº. 22.626/33, ensina:

*“Segundo ainda o art. 4º, é proibido contar juros dos juros”, mas a proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”.*

Na nota número 2, arremata:

*“2. É o que se chama anatocismo (do grego ANA e TOKIZO – produção de interesses) (Andréia Torrente, Manual de Direito privado pág. 309). O anatocismo ou capitalização de juros acarreta como consequência o aumento enorme da dívida. Se supermos Obrigação de dez mil pesos, diz SALVAT (Tratado de Dereto Civil Argentino, III, tomo I, nº 499), a taxa de 8% anuais, capitalizáveis anualmente, a obrigação estará dobrada, em nove anos (aos nove anos, 19.990 pesos) (capital dobrado), aos catorze anos, 29.372 pesos (triplicado), aos dezoito anos, 39.960 pesos (quadruplicado).”*

Outra não é a posição de Orlando Gomes (Obrigações, pág. 65, 61. Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981)

*“Na determinação contratual dos juros, a intervenção legal não se limita à fixação da maior taxa que pode ser estipulada. Dentre as proibições estatuídas, importa salientar a que visa a conter o anatocismo. Não permite a lei que se adicionem juros ao capital para efeito de se contarem novos juros.”*

A legislação é clara neste sentido. Estabelece o Decreto nº. 22.626/33, que:

*“Art. 40. – É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.”*

Neste sentido o art. 253 do Código Comercial.

A jurisprudência está bastante sedimentada neste sentido e a Súmula 596 do supremo Tribunal Federal não revoga a Súmula nº. 121, que diz:

*“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.*

Após o advento da Súmula 596, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado a validade da Súmula 121, como se vê no Acórdão seguinte:

*“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras, dado que a Súmula 596 não guarda relação com o anatocismo. A capitalização semestral de juros, ao invés de anual, só é permitida nas operações regidas por leis especiais. (STF – Ac. Unânime da 18 Turma, publicado em 24.05.85 – RE -336-7-PE – Rel. Min. Néri da Silveira – Incorporações e Materiais de Construções S/A.- IMA CO – Tabajara S/A. – Crédito Imobiliário Adv. Ivan Campos de Souza e Francisco Britualdo Bezerra Cavalcante)” (In COAD. ACV. – Jurisprudência, 1985, pág. 491).*

Vejam-se, também, os precedentes publicados nas RTs. Nºs. 116/112 – RE 102.223-RS; 105/783 – RE 97.202-ES; 108/277 – RE 96.875 – RJ.

Não divergem desta orientação os demais tribunais do país. Recentemente decidiu o Egrégio TACiv.SP.:

**“JUROS – CAPITALIZAÇÃO – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.**

*“Tem-se que os juros capitalizados, não podem permanecer. Não se assemelham esses juros, como equivocadamente se entendeu, aqueles cobrados em “caderneta de poupança” e no “over-night”, uma vez que estes são aplicados por trinta (30) dias e por um dia, respectivamente, podendo ou não a critério do aplicador, após cada prazo, ser efetuada em seguida, nova aplicação.*

*Já aqui, sendo maior o prazo para o saldo do financiamento, os juros e a correção monetária, quando permitida esta, só podem incidir por ocasião do vencimento da dívida sob pena de resultar em juros compostos vedados pela Súmula 121 da Suprema Corte. Note-se que, mesmo diante da Súmula 596 – STF essa proibição atinge as instituições financeiras, mediante a inexistência de lei especial autorizando os juros compostos. (1º TACiv. SP – Unân. da 38 Cam., de 15.05.89 – Ap. 404.613 – Rel. Juiz Antonio de Pádua – Antonio Nunes Paes de Mello x Banco Nordeste S/A. (COAD. ADV. Jurisp., 1.989, pág. 490).*

A conclusão lógica de todo o exposto é da impossibilidade da prática da capitalização de juros ou anotação, salvo na hipótese de ano a ano quando contratualmente convencionado, o que não é o caso dos autos.

De observar-se, ainda, que o brilhante parecer de autoria do Prof. ARNALDO WALDO, trazido à colação pelo ilustre advogado do banco réu, não versa sobre a capitalização de juros ou anotação, mas, e de forma eficiente, sobre a liberação da taxa de juros quanto às ins-

tuições financeiras do país, não merecendo maiores considerações no caso de que aqui se cuida.

Defendendo o réu, a tese de ser JUSTA A RECUSA, uma vez que a oferta feita pelo autor é em quantia inferior ao valor alegado pelo réu, imbutidos em seu cálculo (dele réu) os juros decorrentes da *capitalização* ou *anotocismo*, cuja legalidade defende, tem-se pela procedência do pedido do autor.

É que, em sendo proibida a prática da capitalização de juros e, constatada e confessada tal prática, *não é justa a recusa*, caracterizando-se ao contrário, a *MORA ACCIPIENDI*.

Por todo o exposto e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação de consignação em pagamento proposta por ESQUADRIAS DE ALUMÍNIO E VIDROS COMÉRCIO E INDÚSTRIA LIMITADA contra o BANCO MERIDIONAL DO BRASIL S/A. – filial do Recife – liberando-a, em consequência, das obrigações advindas dos contratos bancários discutidos nestes autos, em razão do depósito, como consignação em pagamento.

Condeno o banco réu, pelo ônus da sucumbência, ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios, que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Custas *ex lege*.

Publique-se. Intime-se. Registre-se.

Recife, de 23 de janeiro de 1.991.

**Eduardo Augusto Paurá Peres**

Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Capital

# SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR

Ruy Trezena Patu Júnior  
Juiz de Direito Substituto

## PODER JUDICIÁRIO GRUPO ESPECIAL DE AGILIZAÇÃO PROCESSUAL

Processo nº 00.196.030.967-6  
(Embargos à Execução Fiscal)

### EMENTA:

Tributário. Embargos improcedentes. Preliminar de nulidade do Termo de Inscrição e da respectiva Certidão de Dívida Ativa refutada por compreender a expressão “fundamento legal”, prevista no art. 2.º, § 5.º, III, da Lei n.º 6.830/80, todas as modalidades integrantes da chamada *legislação tributária*, inclusive os decretos consolidadores de leis fiscais; demais, esses decretos diferem dos chamados regulamentadores, classificando-se como *leis materiais*. Ainda em preliminar, por ausência de irregularidade formal bastante para inquirir de nulidade o título executivo, além de inversão do ônus probatório, foram afastadas as alegações de defeito do *nomen juris* do imposto cobrado e de incompetência dos signatários da CDA. No mérito, afastou-se o entendimento de que a TR ou TRD seria, na realidade, taxa remuneratória de juros, sob o argumento de que a Lei 8.177, de 1.º de março de 1991,

que “visou a estabelecer regras para a desindexação da economia”, não a instituiu como taxa de juros, mas como indexador a refletir apenas os efeitos reais da inflação sobre a moeda. E isto se depreende da interpretação econômica de que a taxa nominal, como se sabe, decompõe-se na taxa esperada de inflação mais taxa real de juros *a priori*; ou, equivalentemente, na taxa efetiva de inflação mais a taxa real de juros *a posteriori*. Numa situação de estabilidade monetária, fica evidenciado que a TR é determinada predominantemente pela taxa esperada de inflação, já que ela é fixada pelo Banco Central no início de cada mês. Fato este inquestionável, ante a realidade, pelos níveis mensais dessa taxa comparados a de outros indexadores concorrentes.

Vistos etc.

**I. C. M. INDUSTRIAL E COMERCIAL MENDONÇA LTDA**, por seus advogados, opôs embargos do devedor relativamente à ação de execução fiscal n.º 00193004666-9, contra ela interposta pela **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**, esta baseada em que a devedora/embargante deixara de recolher aos cofres públicos, dentro do prazo legal, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços incidente sobre as saídas de mercadorias do seu estabelecimento ocorridas nos meses de novembro/90 e de fevereiro/91.

Em sua defesa, trouxe a Embargante, em síntese, o que segue:

Principiou arguindo a preliminar de nulidade do Termo de Inscrição da Dívida Ativa e da Certidão de Dívida Ativa (CDA), por carecerem de requisitos que lhes seriam essenciais à formalização de seus efeitos próprios,

e por apresentarem defeitos insanáveis, o que ensejaria a extinção da ação de execução por se fundar em título ilíquido e incerto, nominando a devedora, para base da sua argumentação, o art. 2.º, §§ 5.º e 6.º, e o art. 3.º, da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), bem como os arts. 201 e 202 do Código Tributário Nacional. Fê-lo aduzindo que, do Termo lavrado não constavam as leis com base nas quais: os juros foram calculados; a dívida teve a sua fundamentação; a correção monetária teria seu momento de incidência firmado; e, finalmente, por lhe ser cobrado o Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) quando, ao tempo das operações que ensejaram a execução, o mesmo já estava extinto, vigendo, sim, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Firmou, ainda como embasamento da preliminar, que a CDA não estaria subscrita por pessoas comprovadamente competentes para aquele fim, invocando agora o § 6.º do art. 2.º da Lei de Execuções Fiscais; também, que a obrigação tributária, conforme descrita no título executivo, originou-se dos Decretos de n.º 13.584/89 e n.º 12.255/87, contrariando, destarte, o *princípio da legalidade*, donde a obrigação só seria gerada em virtude de *lei* que a previsse, tendo sido a menção da Lei n.º 10.295/89, naquele título, tão-somente para indicação de que esta teria modificado os referidos decretos, que, por si sós, não figuram como meios próprios para se instituir direitos ou obrigações (aqui invocados os arts. 108, § 1.º, 97 e 99, todos do CTN; arts. 84, inciso IV, e 150, inciso I, da Constituição Federal; e art. 145, inciso III, do Código Civil).

No mérito, sustentou a impropriedade da utilização da Taxa Referencial (TR) e da Taxa Referencial Diária (TRD) – que se seguiram ao Bônus do Tesouro Nacional (BTN) – como índices aplicáveis à correção monetária e, especificamente, à atualização de débitos de natureza

tributária, justificando que as mencionadas taxas traduziam acréscimo nos valores se utilizadas para aquele fim, por serem taxas nominais de juros e não índices apropriados para cálculo de desvalorização da moeda, já tendo sido declaradas, pelo Supremo Tribunal Federal, como inconstitucionais, indicando, outrossim, que a própria Lei n.º 8.177/91, instituidora das mencionadas taxas, traduz a TR como sendo taxa de remuneração de capital, por prever a sua variável diária (art. 1.º, § 2.º), ambas refletindo, como dito, remuneração do capital e não a inflação. Aqui fez constar posições jurisprudenciais que seguem o mesmo raciocínio.

Segue a inicial, agora tratando acerca da denúncia espontânea. A embargante repele a atitude de a Fazenda Pública Estadual ter-lhe cobrado, além da correção, a multa de 30 % como sendo multa moratória, desatentando ao fato de que o processo administrativo (que gerou o título executivo da ação principal) se originou de denúncia espontânea da própria devedora – que confessou o seu débito, antes de qualquer procedimento fiscal, e procedeu ao pagamento do imposto e seus encargos – vindo a referida cobrança, mesmo na hipótese de pedido de parcelamento de dívida com pagamento da parcela inicial, a afrontar o art. 138 do CTN, não sendo caso de ser observada, também, a Súmula 208 do extinto TFR.

Ainda expondo as razões de sua defesa, a embargante assevera a iliquidez do débito, isto pelo fato de ter sido corrigido com base na mencionada TR e sua variável, assim como pela aplicação da multa de 30 %, apesar de espontânea a denúncia; e finda a peça invocando ainda o art. 112 do CTN, para afirmar a condição de favorecimento do acusado quando da interpretação de norma que lhe comine penalidade (*princípio in dubio pro reo*).

Chamado a impugnar os embargos, o Estado de Pernambuco, através dos seus Procuradores, às fls. 46 a 62 trouxe suas razões, em suma, assim expostas:

Refutando as preliminares, afirmou:

- 1) que constam da CDA as leis que fundamentam a dívida e os cálculos dos encargos a ela aplicados, assim como a penalidade à infração e o momento de incidência da correção monetária, não se verificando, pois, a omissão que acarretaria a sua nulidade;
- 2) que, relativamente à alegada afronta ao *princípio da legalidade*, a utilização de decretos estaduais consolidadores reflete o atendimento, pelo Executivo estadual, à obrigação disposta no art. 212 do CTN;
- 3) quanto à menção, na CDA, de ser a cobrança relativa ao ICM e não ao ICMS, que se configurava de mero lapso de digitação, havendo, no referido título inclusive, alusão à Lei específica do ICMS;
- 4) que não se verifica a alegada falta de autenticação da CDA por pessoas comprovadamente legítimas para fazê-lo, posto que os signatários estão ali devidamente identificados e, ainda, que a mencionada peça goza de presunção de veracidade até que se prove o contrário, o que não fez a embargante.

Às questões apresentadas no mérito, assim se pronunciou:

Relativamente à aplicação das TR e TRD para correção monetária do débito exequendo, disse ter a sua base de fundamentação nos mesmos critérios utilizados para índices anteriores (OTN, ORTN, BTN etc.), e que as mesmas vieram tão-somente a substituir o BTNF sem implicar majoração indevida de preços, alegando ser a pretensão da embargante a de pagar a sua dívida sem cor-

reção monetária. Fez referência a acórdãos e julgados que admitiram a utilização daquelas taxas, tendo que não se configurariam como um aumento do tributo, mas atualização devida da moeda em virtude da sua desvalorização desencadeada com a inflação. Aduziu também que a embargante deixou de fazer prova quanto à incidência das taxas e do seu possível prejuízo, demonstrando, o embargado, que, ao invés de ser fator de implicação de prejuízo, a variação da TR, em exercícios anteriores, “teve resultado expressivamente menor” em comparação a outros índices como o IGPM, o IGP e o INPC.

No que concerne à legitimidade estadual para legislar sobre a matéria, afirmou que a CF, no seu art. 155, inciso II, conferiu competência aos Estados para legislar sobre o ICMS e, conseqüentemente, sobre a atualização dos seus créditos, frisando que a legalidade da indexação dos tributos neste Estado assenta-se na Lei n.º 10.402/89, revogada posteriormente pela Lei n.º 10.654/91, instituidora da UFEPE e, ainda, especificamente quanto à referência feita à Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493-0, dispôs que ali não fora declarada a inconstitucionalidade do art. 9.º da Lei n.º 8.177/91, além de ser a hipótese daquele caso diversa da aqui tratada.

À pretensão da embargante de ver retirada a multa de 30% que lhe foi cobrada, afirmou que o art. 138 do CTN refere-se tão-somente ao pagamento do tributo em sua totalidade e não à parte dele, bem assim que a Súmula 208 do TFR não exclui os casos em que o contribuinte tenha iniciado o pagamento das prestações do parcelamento do débito confessado, como quis ver a embargante, requerendo o embargado, ao final, a improcedência dos embargos.

Voltaram-me conclusos os autos.

É o Relatório.

JULGO:

## I- DA SUPOSTA NULIDADE DO TERMO DE INSCRIÇÃO E DA RESPECTIVA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA.

Induvidosamente, o Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa que instruem a inicial da ação de execução fiscal n.º 193.004.666-9 deixam a desejar em termos de perfeição formal. Todavia, essa imperfeição – que não chega a ser irregularidade, como logo veremos – nem de longe ameaça a presunção de certeza e liquidez decorrente do preceito do art. 3.º da Lei n.º 6.830/80.

Os dispositivos constantes da citada lei e da Lei Complementar n.º 5.172, de 25.10.66 (CTN), que se referem aos requisitos formais do termo de inscrição de dívida ativa, ao exigirem que o contexto desta contenha *a origem, a natureza do crédito e o dispositivo ou fundamento legal ou contratual da dívida* (arts. 2.º, § 5.º, inciso III, e 202, inciso III), impõem que o órgão fazendário competente demonstre as referências legais mínimas que possibilitem ao contribuinte, na hipótese de dúvida sobre a legalidade daquele crédito, saber quais foram os fundamentos causais do crédito da Fazenda Pública. Só assim será possível prover a certidão de dívida ativa do primeiro requisito essencial dos títulos executivos, qual seja: **a certeza**.

Mas isso não significa dizer que a Fazenda esteja obrigada a pormenorizar, no contexto do termo ou da certidão de inscrição, todas as leis e dispositivos legislativos concernentes à fundamentação do seu crédito. Não. É imprescindível que indique, pelo menos, os referenciais legais ou os caminhos informativos que levem o contribuinte, com certa facilidade, a saber o porquê do seu débito para com o Estado.

Assim, se tanto no Termo como na CDA verifica-se, expressamente, a menção aos Decretos de n.º 13.584, de 03.05.89, e de n.º 12.255/87, bem como à Lei n.º 10.295, de 13.07.89, é forçoso reconhecer que houve cumprimento concernentemente aos requisitos formais estabelecidos em lei. É que o último decreto **consolida**, em texto único, o que a lei material (*stricto sensu*) dispõe sobre exigibilidade e encargos tributários aplicáveis ao caso *sub judice*. Nesta linha de pensamento, aliás, vale citar o disposto no art. 212 do CTN, *in verbis*: “Os poderes executivos federal, estaduais e municipais expedirão, por decreto, dentro de 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta lei, a consolidação, em texto único, da legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de janeiro de cada ano.” Portanto, se um dos decretos consolida a legislação vigente aplicável a cada um dos tributos, seria despidendo e, no mínimo, repetitivo imprimir no Termo ou na CDA todas as leis consolidadas. Pelo simples fato de que esse decreto não tem conteúdo próprio ou regulamentar; é apenas meio destinado a sistematizar leis afins em texto único, trazendo delas a substância em toda sua extensão e eficácia, sendo, por isso mesmo, lei, materialmente falando. Neste sentido, a propósito, o citado artigo do CTN foi bastante claro ao autorizar os poderes executivos a expedirem, **por decreto**, a consolidação da legislação vigente, delegando a essa modalidade de processo legislativo a incumbência de tal desiderato.

Ademais, o decreto enquadra-se na categoria de LEI – em sentido amplo – e integra a chamada *legislação tributária* para fins de interpretação dos artigos que tratam dos requisitos formais do título que fundamenta as ações executivas fiscais. E assim afirmamos porque a Lei 6.830/80, dando melhor redação ao que já previa o Código Tributário Nacional, fala em “**fundamento legal...**”, evitan-

do repetir o termo “**disposição de lei em que seja fundado**”, nele constante, corrigindo, assim, uma imprecisão terminológica.

Por último, tanto o Termo como a CDA se referem à Lei n.º **10.295, de 13.07.89**, que estabelece normas para aplicação da legislação fiscal do Estado e dá outras providências, o que os legitima ainda mais quanto ao preenchimento dos requisitos exigidos pelo CTN e pela Lei das Execuções Fiscais, encerrando de uma vez por todas a discussão da presente preliminar. Vê-se, de logo, no parágrafo único do art. 1.º, da lei em comento, a autorização dirigida ao Poder Executivo Estadual para alterar – mediante decreto, evidentemente – o valor da URF, que era o indexador fiscal da época, até o limite estabelecido pelo Governo Federal, na hipótese de a União vir a substituir o índice de atualização dos débitos referentes aos tributos de sua competência ou modificar os respectivos parâmetros ou valores.

Além disso, a **Lei Estadual n.º 10.654, de 27.11.91**, determina no seu art. 86 que: “O valor dos tributos estaduais e das respectivas penalidades será atualizado monetariamente a partir do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador ou do vencimento do prazo de recolhimento, conforme dispuser decreto do Poder Executivo.” (o grifo é nosso). E continua: “**A atualização referida neste artigo será calculada pelo funcionário fazendário competente, com base na UFEPE.**”

## II- DA INCORRETA DESIGNAÇÃO DO NOMEN JURIS DO IMPOSTO NO CONTEXTO DA CDA.

Quanto à alegação de que no contexto da Certidão de Dívida Ativa se encontra grafado o imposto como sendo ICM, relativamente às operações certificadas como ocorridas nos meses de NOVEMBRO DE 1990 e FEVEREIRO DE 1991, quando esse tributo já estava extinto,

cumpre-nos aqui abordar, só por uma obrigação processual, para demonstrar a irrelevância do argumento como matéria de defesa.

Está mais do que comprovado, mormente pelos fundamentos legais referenciados, que o valor principal da dívida executada diz respeito ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – I.C.M.S., segundo o *nomen juris* atribuído pela *Carta Magna* de 1988, e não ao antigo ICM, sua pretérita denominação.

Um mero erro de impressão não pode, evidentemente, eivar de nulidade todo um documento, especialmente quando do seu conteúdo formal depreende-se justamente o contrário.

De mais a mais, a correção monetária e os juros foram calculados nos termos dos artigos 742 e 745 do Decreto n.º 12.255/87, como está dito no título executivo de fl. 35, constando das informações complementares deste que (*ipsis litteris*): “Os juros foram calculados a partir de janeiro de 1991, à razão de 1% ao mês e a atualização monetária foi aplicada a partir de janeiro de 1991, com base nos índices adotados na portaria do Sr. Secretário da Fazenda, estando o débito atualizado até o mês de abril de 1992.” Fato este que vem a demonstrar o cumprimento de outro requisito do Termo e da Certidão de Dívida Ativa – art. 2.º, § 5.º, incisos II e IV, da Lei n.º 6.830/80, e art. 202, inc. II, da Lei Complementar n.º 5.172, de 25.10.66 (CTN).

## III- DA SUPOSTA INCOMPETÊNCIA DOS SUBSCRITORES DO TÍTULO EXECUTIVO.

Por fim, a alegada falta de autenticidade do título executivo, objeto da preliminar do item 2.1.4.3 da exordial, desmerece guarida, posto que não veio acompanhada da indispensável demonstração probatória. A embargante simplesmente aduziu que na CDA constavam apenas os no-

mes e assinaturas de duas pessoas, não identificadas sequer no título como funcionários públicos. Esquecendo-se, no entanto, do seu ônus de comprovar essa alegação, consoante mandamento dos incisos I e II do art. 333 do Código de Processo Civil. Em nenhum momento prontificou-se a demonstrar, através de documentos, a falta de competência dos subscritores do título; pelo contrário, acomodou-se em suposições apenas, como se essas bastassem para ilidir a presunção de veracidade de que gozam atos praticados pela Administração.

#### IV- DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA “TR” E “TRD” COMO FATORES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS

Embora reconheçamos que eminentes juristas nacionais se posicionam na defesa da tese de que a “TR” e a “TRD” são, na verdade, índices de remuneração da moeda (juros) e não fatores que reflitam a variação do poder aquisitivo da moeda, sob o argumento de que a Lei 8.177, de 1.º de março de 1991, a qual “**visou a estabelecer regras para a desindexação da economia**”, enquadrava esses referenciais como frutos do cálculo da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais e outras instituições financeiras, filiamo-nos ao entendimento de que a orientação do citado diploma não foi a de instituir taxa de juros como indexador de moeda, e sim como um fator destinado a pôr termo à indexação descontrolada da economia, refletindo apenas os efeitos reais da inflação sobre a moeda. E isto afirmamos porque o objetivo a ser alcançado com a instituição da TR era o de que, persistindo os efeitos da inflação, como de fato persistiram, esta demonstrasse a perda do poder aquisitivo passado da moeda pela variação verificada num certo período.

Ora, nada mais óbvio de que essa variação correspondesse, naquele período, justamente o decréscimo sofrido pela moeda em decorrência da corrosão inflacionária passada. É por isso que o legislador, embora empregando termos inadequados, como “taxa de remuneração”, “remuneração básica”(art. 12) etc., adotou-a como indexador de impostos, poupanças e outros capitais, inclusive de contratos em andamento, cuja inconstitucionalidade veio a ser, posteriormente, declarada pelo STF em face, especificamente, da respeitabilidade ao *ato jurídico perfeito* contratos celebrados pelas partes prevendo outro indexador.

A realidade, de outra parte, desafiando os juristas pouco entendedores da conjuntura econômica, está do nosso lado. Se verificarmos a variação da TR comparada com outros indexadores, concluiremos que aquela sofreu variações inferiores a estes. Só para exemplificar: em fevereiro de 1991, a TR acumulada chegou a 1.000, enquanto o IGPM, o IGP e o INPC alcançaram o patamar de 2.015, 1.9900 e 0.0781, respectivamente; em fevereiro de 1992, essa variação foi de 44.1393 para a TR e 49.9625, 50.2487 e 49.3532, respectivamente, para os demais indexadores. É só conferir.

Ademais, como bem diz o Ministro *Ilmar Galvão*, do Supremo Tribunal Federal, em brilhantíssimo voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493-0/DF.: (*sic*) “a norma jurídica não tem o condão de modificar as coisas, em sua essência, de nada valendo considerar ela rendimento o que não passa de correção monetária, já que qualquer pessoa, por mais primária que seja em economia, poderia demonstrar o engano do legislador, a partir do momento em que, titular de uma modesta caderneta de poupança, pretendesse viver dos “rendimentos” por ela produzidos, pois muito cedo iria advertir-se de que estaria a consumir o próprio capi-

tal, e não os frutos deste, cuja percepção, para que assim pudessem ser considerados, haveriam de deixar substancialmente intacta a coisa que os produziu, no caso, o capital depositado, conforme elementar noção de direito.”

Assim, sem sombra de dúvida, a Taxa Referencial – TR é um fator de indexação monetária, especialmente se interpretarmos sistematicamente os dispositivos da Lei 8.177/91. E assim o fazemos baseados não num parecer de um jurista, mas de um economista que esmiuçou profundamente os dispositivos voltados à ciência econômica da mencionada lei. Estamos a nos referir ao **Professor Mário Henrique Simonsen**, que assim sintetizou a questão jurídico-econômica:

“Ao criar a TR e eliminar o BTN, a Lei 8.177 gerou um problema de interpretação. A TR é, de fato, um indexador ou uma simples taxa de juros?

...

Literalmente, a TR é uma taxa nominal de juros, determinada mensalmente.

A taxa nominal, como se sabe, decompõe-se na taxa esperada de inflação mais taxa real de juros *a priori*; ou, equivalentemente, na taxa efetiva de inflação mais a taxa real de juros *a posteriori*. Como o Plano Collor II (Lei 8.177/91) não acabou a inflação, mas apenas a reduziu para a faixa de 5% a 10% ao mês, ainda considerada explosiva pelos padrões internacionais, é evidente que a TR é determinada predominantemente pela taxa esperada de inflação, já que ela é fixada pelo Banco Central no início do mês. Aliás, isso se torna evidente pelos níveis mensais fixados para a TR entre fevereiro e maio de 1991, crescendo de 7.00 para 8.99%. Taxas dessa magnitude nunca poderiam ser taxas reais, sob pena de inviabilizar qualquer economia. Em particular, elas violentariam

agressivamente a disposição constitucional que limita os juros reais a 1% ao mês (12% ao ano, admitindo juros simples).”

E arremata:

“Aliás, como se pode verificar no anexo 4, a variação acumulada da TR no trimestre fevereiro/abril de 1991 foi sensivelmente inferior à de qualquer dos principais índices de preços que poderiam ter sido utilizados para o cálculo da correção monetária. Isso deixa claro que a TR, embora definida como taxa de juros, pretende ser uma taxa nominal com taxa real zero *a priori*, ou seja, um estimador de inflação esperada para o mês.”

Verifiquem, além de tudo, que à embargante – embora não diga – não interessam as repercussões financeiras da mudança da TR por outro indexador. Primeiro, porque sabe ser mais vantajoso continuar com este sobre o qual é imputada a pecha de constituir-se em taxa de juros disfarçada; segundo, porque além de sua rentabilidade ser baixa, inferior aos demais indexadores anteriormente nominados, necessariamente teria de haver a sua substituição por outro índice que preservasse o valor nominal do crédito da Fazenda Pública, pois, do contrário, ferir-se-ia o princípio da equidade (a correção monetária não se constitui num “*plus*” que se acresce ao capital, mas mera atualização deste), provocando, injustificadamente, um enriquecimento sem causa em favor da embargante. Daí suspeitarmos, lamentavelmente, terem os presentes embargos forte motivação protelatória.

A adoção da TR, como indexador monetário, é perfeitamente compatível com o princípio da legalidade aplicável em matéria tributária. Nesse mesmo prisma, aliás, decidiu o nosso TJ em recente julgado:

“Somente na hipótese de ato jurídico perfeito é inconstitucional a adoção da TR como índice de correção

monetária nas condenações judiciais, mesmo anteriores à Lei 8.177.” (Ap. Cív. 18762/94 – Recife – 2ª Câm. Rel. Joaquim Rodrigues de Castro. Unânim. Em 25.05.94 – DJ. 22 – fl. 05, em 31.01.95)

Por outro lado, a legislação estadual ao determinar a aplicação da Taxa Referencial – TR a tributos (ICMS), em nenhuma inconstitucionalidade incorreu, posto que não deu lugar a aumento de imposto, mas, apenas, incluiu previsão capaz de garantir a atualização mínima dos créditos dela decorrentes.

De resto, as decisões até agora proferidas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, inclusive a ADIN de n.º 493-0/DF, não têm a extensão que se lhes quer emprestar a embargante, voltada que se encontra a decisão para a proclamação da intangibilidade, em respeito ao ato jurídico perfeito dos contratos submetidos ao Sistema Financeiro de Habitação celebrados antes da edição da lei retrocitada.

## V- CONFISSÃO DE DÍVIDA É OU NÃO DENÚNCIA ESPONTÂNEA?

Outro ponto abordado nos embargos que merecem apreciação é o de saber se a “confissão de dívida” constitui-se ou não em “denúncia espontânea”.

São características da chamada *denúncia espontânea* que a mesma se faça antes do início de qualquer procedimento administrativo ou simples medida de fiscalização tendente a apurá-la e que, sendo líquida, seja acompanhada do pagamento do tributo respectivo e dos juros de mora (art. 138, parágrafo único, do CTN). Assim, se o sujeito passivo procura o fisco para parcelar o seu débito, confessando-o em seguida, depois que tomara conhecimento do procedimento tendente a cobrá-lo, é óbvio que é devedor também da multa moratória no título incluída, principalmente quando vem a honrar a primeira parcela

de sua dívida e, após, tornar-se inadimplente para com a sua obrigação, impondo ao fisco o ônus de cobrá-la judicialmente. Lembremos que, com relação à primeira parcela paga, o contribuinte/embargante não efetuou o pagamento de qualquer multa. A que agora lhe cobram, com justeza, notem bem, refere-se à quantia inadimplida que sobejara.

Portanto, im procedem os argumentos expostos pela embargante quanto à ilegalidade da cobrança da multa moratória, visto que não houve pagamento do montante do débito apurado sobre o qual incide.

Fica também prejudicada a apreciação da alegação constante do item 3.3 da exordial (Iliquidez do Título).

## VI- DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* E DA INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O argumento do *in dubio pro reo* não se aplica no caso *sub examine*. Até porque não há dúvida a dirimir na exegese do texto do art. 138, parágrafo único, do CTN, conforme já vimos anteriormente. E outra, é que a norma do artigo 138 não trata, especificamente, de infrações ou penalidades, mas de favores direcionados ao contribuinte.

Por fim, o pedido de declaração de prescrição intercorrente está indemonstrado. A embargante, talvez na pressa de concluir a sua longa e cansativa defesa, esqueceu de indicar onde houvera a incidência de tal modalidade de causa extintiva do direito à ação de cobrança do crédito fiscal. Não vislumbramos, na análise das diversas fases pelas quais passara a iniciativa do fisco para cobrá-lo, a superveniência de causa impeditiva.

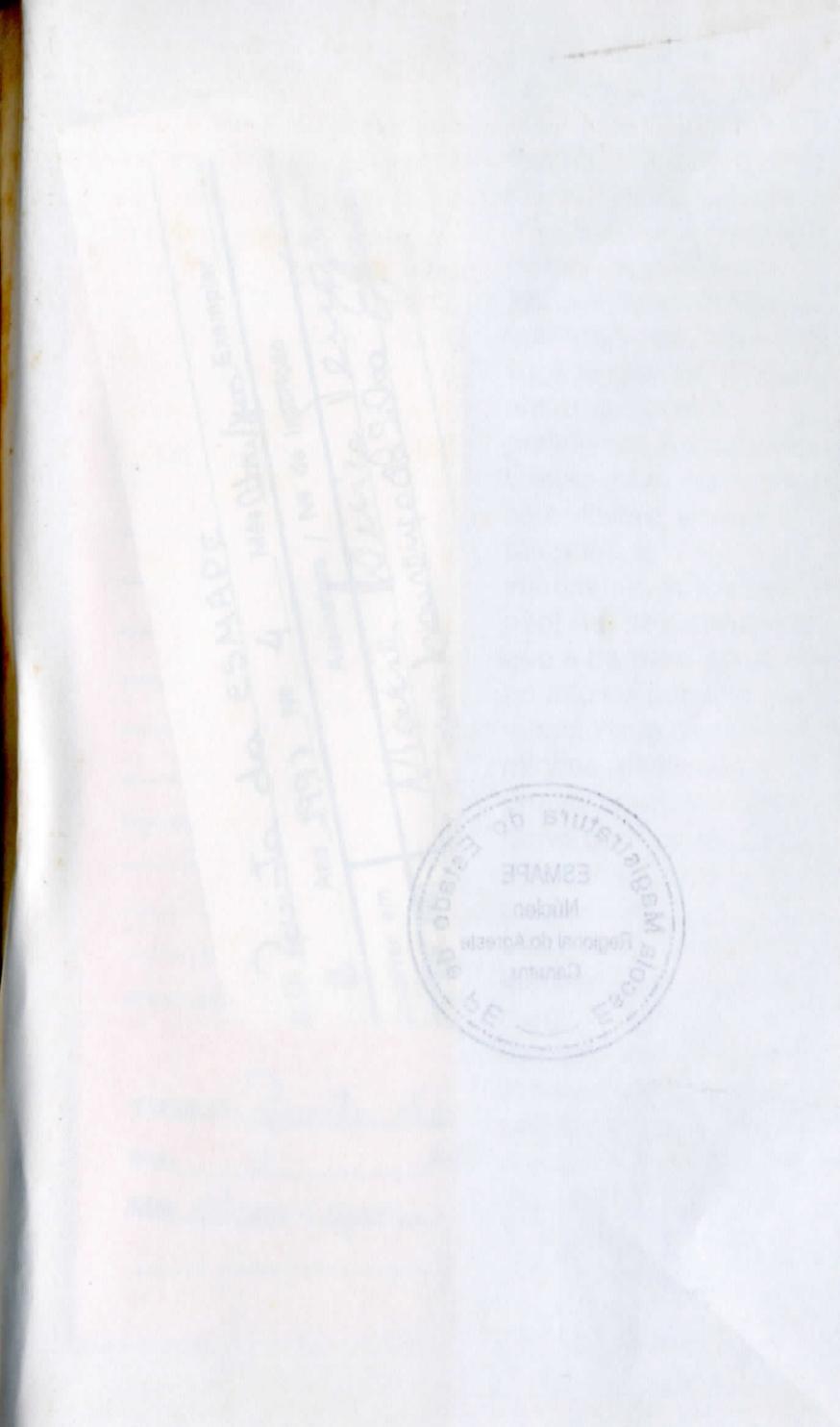
Ante o exposto, e o mais que dos autos consta, julgo IMPROCEDENTES os presentes embargos, interpostos na Execução Fiscal n.º 00.193.004.666-9 promovida

pela Fazenda Pública Estadual, condenando a embargante nas custas judiciais que adiantou e ao pagamento dos honorários advocatícios, estes arbitrados, por equidade, nos termos do art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, em 5 % (cinco por cento) do valor da execução.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Recife, 20 de agosto de 1996.

**Ruy Trezena Patu Júnior**



CA ESMARPE - BIBLIOTECA  
340.05  
P-01  
EMPRÉSTIMO



# ESMAPE

Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

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