

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL JUNHO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 118



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a.29 n. 118 abr./jun. 1993

*Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal*

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961-1967)

Dr. ISAAC BROWN
*Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal*
(1946-1967)

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL
(1988-1993)

Diretoras da Subsecretaria de Edições Técnicas

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL
(1964-1988)

ANNA MARIA VILLELA
(1988-1993)

WILMA FERREIRA

Chefe de Revisão e Diagramação:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de PAULO CERVINHO e CÍCERO BEZERRA

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

**Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas —
Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160-900 — Brasília — DF**

R. Inf. legsl.	Brasília	a. 30	n. 118	abr./jun. 1993
----------------	----------	-------	--------	----------------

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração
são de responsabilidade de seus autores

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

SOLICITA-SE PERMUTA
PIDESE CANJE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE
WE ASK FOR EXCHANGE
SI RICHIERE LO SCAMBIO

Revista de Informação Legislativa. Ano 1- n. 1- março 1984-
Brasília, Senado Federal

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10 publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1984-1988 Leyla Castello Branco Rangel

1988-1993 Anna Maria Villela

1993 Wílma Ferreira

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Villela, Anna Maria, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
O Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito — <i>Inocência Mártires Coelho</i>	5
As Limitações ao Exercício da Reforma Constitucional e a Dupla Revisão — <i>Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha</i>	19
O Distrito Federal nas Constituições e na Revisão Constitucional de 1993 — <i>Gilberto Tristão</i>	31
A Constituição de 1988 e os Municípios Brasileiros — <i>Dieter Brühl</i> ..	41
A Justiça Militar Estadual — <i>Alvaro Lazzarini</i>	53
A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nullidade da Lei — <i>Unvereinbarkeitserklärung</i> — na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã — <i>Gilmar Ferreira Mendes</i> ..	61
Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988 — <i>A. B. Cotrim Neto</i>	85
Serviço Público — Função Pública — Tipicidade — Critérios Distintivos — <i>Hugo Gueiros Bernardes</i>	111
Considerações Atuais sobre o Controle da Discricionariedade — <i>Luiz Antonio Soares Hentz</i>	127
Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade — <i>Sara Maria Stroher Paes</i>	139
O Controle Interno de Legalidade pelos Procuradores do Estado — <i>Cleia Cardoso</i>	157
Controle Externo do Poder Judiciário — <i>José Eduardo Sabo Paes</i> ...	167
Tutela Jurídica sobre as Reservas Extrativistas — <i>Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes e Luiz Daniel Felipe</i>	175
Legislação Ambiental Brasileira: Evolução Histórica do Direito Ambiental — <i>Ann Helen Watner</i>	191

	<i>Pág.</i>
Princípios Gerais de Direito Ambiental Internacional e a Política Ambiental Brasileira — <i>Paulo Affonso Leme Machado</i>	307
Construção e Desconstrução do Discurso Culturalista na Política Africana do Brasil — <i>José Flávio Sombra Saraiva</i>	219
História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra — <i>Winfried Hassemer</i>	237
Aspectos do Discurso Jurídico-Penal (Material e Formal) e sua Ilegitimidade — <i>Sérgio Luiz Souza Araújo</i>	283
Proceso, Democracia y Humanización — <i>Juan Marcos Rivero Sánchez</i>	305
O Combate à Corrupção e à Criminalidade no Brasil: Cruzadas e Reformas — <i>Geraldo Brindeiro</i>	325
Liderança Parlamentar — <i>Rosinethe Monteiro Soares</i>	333
Considerações Acerca de um Código de Ética e Decoro Parlamentar — <i>Rubem Nogueira</i>	349
Entraves à Adoção do Parlamentarismo no Brasil — <i>Carlos Alberto Bittar Filho</i>	359
Loucura e Prodigalidade à Luz do Direito e da Psicanálise — <i>Clóvis Figueiredo Sette Bicalho e Osmar Brina Corrêa Lima</i>	363
Usucapião Urbano — <i>Rogério M. Lette Chaves</i>	389
O Código do Consumidor e o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos Comerciais e Industriais — <i>Adriano Perácio de Paula</i> ..	403
Dos Contratos de Seguro-Saúde no Brasil — <i>Maria Leonor Baptista Jourdan</i>	415
A Nova Regulamentação das Arbitragens — <i>Otto Eduardo Vizeu Gil</i>	427
Os Bancos Múltiplos e o Direito de Recesso — <i>Arnoldo Wald</i>	435
O Dano Moral e os Direitos da Criança e do Adolescente — <i>Roberto Sentse Lisboa</i>	451
A Aids Perante o Direito — <i>Licínio Barbosa</i>	473

O Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito *

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Prof. Titular da UnB

SUMÁRIO

1. *O problema do Estado.*
2. *Estado e Estado de Direito.*
3. *Os três modelos de Estado de Direito.*
4. *Os grandes desafios: a "terceira via" e o Estado de Direito do futuro.*
5. *Conclusão.*

1. *O problema do Estado*

Nada mais adequado, a nosso ver, para iniciar esta palestra, do que lembrar as palavras sábias de GEORGES BURDEAU, na introdução ao precioso ensaio que dedicou à análise de alguns problemas do Estado, na verdade seus problemas fundamentais:

"Ninguém jamais viu o Estado. Não obstante, quem poderia negar que se trata de uma realidade? O lugar que ocupa em nossa

* Palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, em 14-9-92.

vida cotidiana é tão importante, que não poderia ser eliminado dela sem que, por sua vez, se vissem comprometidas nossas possibilidades vitais. A ele atribuímos todas as paixões humanas: é generoso ou ladrão, engenhoso ou estúpido, cruel ou benévolo, discreto ou invasor. E porque o consideramos sujeito a esses movimentos da mente ou do coração humanos, a ele dedicamos os mesmos sentimentos que nos inspiram as pessoas: confiança ou temor; admiração ou desprezo; ódio muitas vezes; porém, em certas ocasiões, um tímido respeito ou uma adoração atávica e inconsciente do poder se misturam com a necessidade de acreditar que nosso destino, embora misterioso, não é um joguete do acaso. Se a história do Estado resume nosso passado, sua existência atual parece prefigurar nosso futuro. Se às vezes o maldizemos, logo nos damos conta de que, para o bem ou para o mal, estamos ligados a ele." (*El Estado*. Madrid, Seminarios y Ediciones, S.A., 1975, p. 9.)

Pois bem, apesar ou por causa disso tudo, não faltaram estudiosos, em todos os tempos e de todas as tendências, para se dedicarem à análise da problemática do Estado, nos seus mais variados aspectos, tais como a sua origem ou as suas origens; sua justificação e finalidade; seus tipos históricos fundamentais; seu desenvolvimento e sua desapareição; seus órgãos e funções; sua estrutura e suas formas; suas virtudes e seus defeitos, assim como os meios e modos de controlá-lo, a partir do momento em que, tendo alcançado plena autonomia em face da sociedade, tornou-se perigoso para ela.

2. *Estado e Estado de Direito*

Então, logo se vê que o tema de nossa palestra — o *Estado Democrático de Direito* — está inserido no âmbito da última das questões levantadas, qual seja, a dos meios e modos de controlar o Estado quando este, ganhando autonomia em face da sociedade, que o criou, torna-se perigoso para a vida e a liberdade dos cidadãos, o que se comprova com a experiência histórica dos chamados Estados autocráticos ou das monarquias absolutas.

Precisamente por isso é que, no plano histórico, sem discrepâncias, juristas, filósofos e cientistas políticos assinalam o surgimento do *Estado de Direito* no momento em que se consegue pôr freios à atividade estatal *por meio da lei*, vale dizer, no instante em que o próprio Estado se submete a leis por ele criadas, ainda que isso possa parecer um paradoxo, e tão embaraçoso paradoxo, que já houve quem estabelecesse comparação entre a idéia do Estado de Direito e o mistério teológico do Deus-Homem, o mistério do criador da Natureza submetido a essa mesma Natureza (LE-

GAZ Y LACAMBRA. *El Estado de Derecho en la actualidad*. Madrid, Editorial Reus, 1934, p. 12).

Mas, afinal, em que consiste o chamado Estado de Direito? Como surgiu a sua idéia? Como se desenvolveu no tempo? Qual o seu perfil atual? Quais suas perspectivas na passagem para o novo século?

Prescindindo de pesquisas mais amplas, até porque, no particular, não se registram divergências de monta, podemos dizer, com ELIAS DIAZ, que o Estado de Direito — embora originariamente um conceito polêmico, orientado contra o Estado absolutista, o Estado poder, o Estado polícia ou o Estado invasor — poderá ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado submetido ao Direito, aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, Direito e lei entendidos, nesse contexto, como expressão da vontade geral (*Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid. Cuadernos para el diálogo, 1975, p. 13).

No mesmo sentido são os ensinamentos de MANUEL GARCIA PELAYO (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, 1977, pág. 52) e de CRISTINA QUEIRÓZ, esta em trabalho mais recente, dedicado ao estudo dos atos políticos no Estado de Direito, quando asseveram que, produto da teoria racionalista, o Estado de Direito surge, numa primeira fase, polêmicamente orientado contra a teoria absolutista, e particularmente contra o *Polizeistaat*, vindo depois alojar-se, na sua formalização técnico-jurídica, não no campo do direito constitucional, mas no campo do direito administrativo, onde designa uma ordem de relações entre a lei, a administração e o indivíduo e significa a máxima justiciabilidade possível dos atos da administração (*Os actos políticos no Estado de Direito*. Coimbra, Almedina, 1990, pp. 197/198).

Logo após, no entanto, como registram CRISTINA QUEIRÓZ e os demais estudiosos do tema, o Estado de Direito deixa de ser um postulado do direito administrativo — ou tão-somente do direito administrativo — para se transformar num princípio de direito constitucional e, assim, embeber a totalidade dos ordenamentos jurídicos dos chamados Estados liberais (*op. e loc. cit.*).

Como conseqüência dessa afortunada migração, a idéia do Estado de Direito, antes restrita, como se viu, ao âmbito do direito administrativo, como que se fertilizou no terreno constitucional, a ponto de se converter em sinal de legitimidade de todo sistema jurídico, inicialmente apenas do ponto de vista formal, mas, depois, ao termo do processo, também do ângulo material, de tal sorte que, hoje, quando se fala em Estado de Direito, o que se está a indicar, com essa expressão, não é qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica, em que se viva *sob o primado do Direito*, entendido este como um

sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais:

- a) Império da lei: lei como expressão da vontade geral;
- b) Divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) Legalidade da Administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e
- d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

Trata-se, evidentemente, de uma listagem de exigências que se hoje podem ser apresentadas como denotativas de todo autêntico Estado de Direito — assim as qualifica o ilustre ELIAS DIAZ, antes citado — nem por isso podem ou devem ser vistas como algo que se obteve tudo de uma vez ou de uma vez por todas. Ao contrário, são conquistas alcançadas após séculos de luta e sofrimento, na eterna contenda por novas liberdades contra velhos poderes, na feliz expressão de NORBERTO BOBBIO (*A Era dos Direitos*. Rio, Editora Campus, 1992, p. 5).

Essas conquistas, como se sabe, foram ocorrendo ao longo do tempo e correspondem, na tipologia do Estado de Direito, ao que se convencionou chamar as suas etapas *liberal*, *social* e *democrática* iniciadas com a Revolução Francesa, que marca a primeira fase, passando pelas transformações surgidas sobretudo após a 2.^a Guerra — a sua fase social — e culminando com a densificação dos direitos fundamentais, antes apenas direitos *civis* e *políticos*, mas depois também direitos *econômicos*, *sociais* e *culturais*, cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado Democrático de Direito.

Esclarecendo, desde logo, que essa evolução não se verificou de forma linear e sincrônica — antes se realizou com avanços e retrocessos, em contextos variáveis ou distintos — como, de resto, sempre ocorreu no processo de desenvolvimento das idéias e instituições —, com esse esclarecimento procuraremos destacar, ainda que de forma resumida, os traços característicos de cada etapa do processo, ressaltando, ademais, a natureza dialética desse evoluir histórico, graças ao que as fases seguintes do processo devem ser vistas como incorporação e superação das etapas anteriores, em movimento aberto e infinito, em tudo semelhante ao movimento do espírito humano, como nos ensina a dialética hegeliana, neste aspecto absolutamente insuperável.

3. *Os três modelos de Estado de Direito*

Para proceder a essa caracterização e discriminação entre os modelos históricos de Estado de Direito, seguindo as lições de MANUEL GARCIA

PELAYO (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit.), convém relembrar o contexto em que surgiu a própria idéia do Estado de Direito, pois assim melhor compreenderemos as causas de seu aparecimento e o processo de sua evolução até os dias atuais:

“Conviene comenzar por recordar que Estado de Derecho es, en su formulación originaria, un concepto polémico orientado contra el Estado absolutista, es decir, contra el Estado poder y, especialmente, contra el Estado policía, que trataba de fomentar el desarrollo general del país y hacer la felicidad de sus súbditos a costa de incómodas intervenciones administrativas en la vida privada y que, como corresponde a un Estado burocrático, no era incompatible con la sujeción de los funcionarios y de los jueces a la legalidad. El Estado de Derecho, en su prístino sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido — pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad — sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho, en resumen, con una normatividad acorde con la *idea del Derecho*. El Estado de Derecho significa, así, una limitación del poder del Estado por el derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley: invirtiendo la famosa fórmula decisionista: *non ratio, sed voluntas facit legem*, podría decirse que para la idea originaria del Estado de Derecho *non voluntas, sed ratio facit legem*. Por consiguiente, si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido y sobre todo, con una legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar. Después de todo, la idea del Estado de Derecho surge en el seno del iusnaturalismo y en coherencia histórica con una burguesía cuyas razones no son compatibles con cualquier legalidad, ni con excesiva legalidad, sino precisamente con una legalidad destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales que garanticen el libre despliegue de la existencia burguesa.” (*Op. cit.*, p. 52.)

Analisada, historicamente, vê-se que essa concepção liberal atendia às exigências da burguesia recém-instalada no poder, mas levaria, ao limite, à sua própria desagregação, na medida em que servia, apenas, aos inte-

resses de uma classe social — a burguesia —, que, detentora do poder econômico, num primeiro momento, logo se assenhoreou, também, do poder político, fazendo do Estado e das leis simples instrumentos de realização/legitimação da sua ideologia.

Por isso, em estreita consonância com essa concepção filosófico-política, a teoria constitucional do Estado de Direito liberal-burguês identifica os conceitos ideológico e material de Constituição, proclamando — como se lê no artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — que num Estado sem direitos fundamentais e sem divisão de poderes não existe Constituição.

Noutras palavras, como não poderia deixar de ser, a Carta Política desse modelo de Estado de Direito é entendida, em seus princípios, como constituição do liberal-individualismo — mera superestrutura jurídica, como diriam os marxistas —, encerrando, por isso mesmo, em primeiro lugar, uma decisão fundamental no sentido da *liberdade burguesa*, em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras.

Dá que seu sentido e finalidade — seu *telos*, como lembra CARL SCHMITT — apontem não para o brilho, a grandeza e o poder do Estado, para a *gloire*, de que falava MONTESQUIEU, mas para a liberdade política e a proteção do indivíduo e do *citoyen*, contra os abusos do Poder político (*Teoría de la Constitución*. México, Editora Nacional, 1966, pp. 43 e 144).

Era evidente que, mais cedo ou mais tarde, esse modelo, porque unilateral, esgotaria as suas possibilidades, o que efetivamente ocorreu, ensejando mudanças profundas no chamado Estado de Direito liberal — burguês, seja de maneira mais ou menos pacífica, na vertente das reformas negociadas, seja de forma violenta, na esteira das revoluções marxistas, como as que ocorreram na Rússia (1917) e na China (1949).

Resumindo as principais críticas àquele primeiro modelo, mas também os louvores ao que de positivo ele continha e que, por isso, possibilitou o seu aperfeiçoamento e, mesmo, a sua superação, recolhemos, ainda em ELIAS DIAZ, as seguintes observações:

“El liberalismo clásico, con su fondo de individualismo burgués, constituye insuficiente garantía para esa realización y protección de los derechos y libertades de todos los hombres (y esto ha sido puesto de relieve desde muy diferentes e incluso contrapuestas motivaciones y actitudes ideológicas). En efecto, en la ideología del Estado liberal y en el orden social burgués,

los *derechos naturales* o derechos humanos se identifican, sobre todo, con los derechos de la burguesía, derechos que sólo de manera formal y parcial se conceden también a los individuos de las clases inferiores. En el sistema económico capitalista que sirve de base a ese orden social se protegen mucho más eficazmente la libertad y la seguridad jurídica (ambas, por otra parte, imprescindibles) que la igualdad y la propiedad — se entiende, la propiedad de todos.

Una ampliación de la zona de aplicabilidad de esos derechos — pero sin alterar sustancialmente los supuestos básicos económicos — se produce con el paso al Estado social de Derecho; constituido éste como intento de superación del individualismo, a través del intervencionismo estatal y la atención preferente a los llamados derechos sociales, lo que pretende es la instauración de una sociedad o Estado del bienestar. Más allá de éste, el proceso dinámico de democratización material y de garantía jurídico-formal de los derechos humanos, la más plena realización de éstos, es lo que, a su vez, justifica, en mi opinión, el paso del sistema neocapitalista del Estado social de Derecho al sistema, flexiblemente socialista, del Estado democrático de Derecho.

En cualquier caso, de lo que se trata ahora aquí es de dejar claramente afirmado que, *a pesar de todas las insuficiencias del liberalismo en relación con los derechos humanos, constituye, sin embargo, punto válido de arranque para ese proceso de democratización, debiendo considerarse, sin duda, como Estado de Derecho, en función también de esa lucha, sostenida frente al absolutismo, en pro de los derechos y libertades fundamentales del hombre y del ciudadano.*” (*Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid. EDICUSA, 1975, pp. 39/40.)

Assentadas, assim, as bases do chamado Estado Social de Direito — no qual a expressão *social* significa o propósito de corrigir o individualismo clássico de carácter liberal pela afirmação dos direitos sociais e a conseqüente realização da Justiça Social — verifiquemos, ainda em linhas gerais, quais as insuficiências que esse novo modelo não conseguiu superar, do que resultou, para os seus críticos, a necessidade da formulação de um outro modelo, *dialeticamente incorporador e superador* das conquistas obtidas pela chamada democracia social.

Fazendo uso, para tal efeito, da *communis opinio*, diremos, em resumo, que, para seus opositores, a insuficiência maior do Estado Social de Direito residiria em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida *democratização econômica e social, a economia do gênero humano*, que proclamam os seus entusiastas neocapitalistas.

Por isso, ao ver crítico de ELIAS DIAZ, urge superar esse modelo, rumo ao chamado Estado Democrático de Direito, em cujo seio se realizaria a integração conciliadora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo (*Estado de Derecho*, cit., pp. 127 e ss).

Para não correremos o risco de parecer sectários, nem ideologicamente inconscientes, desde logo dizemos que, entre os pensadores contemporâneos, ELIAS DIAZ é figura de primeira linha, pelo que qualquer crítica que se faça às suas idéias e posições há de partir de um aprofundado exame dessas mesmas idéias e posições, pois tudo que escreveu ou falou, pelo menos de nosso conhecimento, não pode ser taxado de superficial ou apressado.

Por isso, embora em citação extensa, transcrevemos, aqui, as palavras mais expressivas da sua generosa utopia sobre o advento do chamado Estado Democrático de Direito, em cujo âmbito seriam atendidas todas as exigências econômicas, políticas e sociais do *homem concreto*, exigências que, há muito anunciadas ou prometidas, nunca foram efetivamente realizadas, nem mesmo nos Estados ideologicamente comprometidos com a sua concretização:

“El Estado democrático de Derecho aparece en esta perspectiva como *superación real del Estado social de Derecho*. No quiere ello, sin embargo, decir que éste conduzca *naturalmente* a aquél; al contrario, por lo general aparece más bien como obstáculo para esa superación. Del neocapitalismo no se pasa *naturalmente* al socialismo; del Estado social de Derecho no se pasa *naturalmente* al Estado democrático de Derecho. La superficial y aparente *socialización* que produce el neocapitalismo no coincide con el socialismo, como tampoco la *democratización* que produce por sí mismo la técnica es ya sin más la democracia; de un nivel a otro (es importante insistir en ello) hay un salto cualitativo y real de primer orden. Y, como decimos, fuerzas importantes de ese primer nivel (neocapitalismo) se constituyen ciertamente como fuerzas interesadas en frenar o impedir la evolución hacia el segundo nivel (socialismo) en que se encuentra el Estado democrático de Derecho.

Junto a esa posible vía evolutiva occidental, se señala que podrá llegarse también al Estado democrático de Derecho desde otras plataformas que no sean el Estado social de Derecho: así, por ejemplo, desde los sistemas llamados de *democracia popular o democracia socialista*. Y, en efecto, la evolución que — a pesar de indudables frenazos y retrocesos — puede llegar a imponerse en éstos conduciría, superados monolitismos y dogmatismos que todavía subsisten, hasta posiciones que confir-

marían — desde ese punto de vista — la compatibilidad entre socialismo y Estado de Derecho.

De esta forma, y sin querer llegar con esto apresuradamente a *tan gran síntesis final* o a cualquier otra forma de *culminación de la Historia* (esto debe quedar bien claro) cabe decir que el Estado democrático de Derecho aparece como la fórmula institucional en que actualmente, y sobre todo para un futuro próximo, puede llegar a concretarse el proceso de convergencia en que pueden ir concurriendo las concepciones actuales de la democracia y del socialismo. El paso del neocapitalismo al socialismo en los países de democracia liberal y, paralelamente, el creciente proceso de despersonalización e institucionalización jurídica del poder en los países de democracia popular, constituyen en síntesis la doble acción para ese proceso de convergencia en que aparece el Estado democrático de Derecho." (*Estado de Derecho*, cit., pp. 131/133.)

"Capitalismo y Estado liberal de Derecho eran compatibles, lo mismo que lo son neocapitalismo y Estado social de Derecho; pero lo eran con una sola condición: la de no hacer ni poder hacer efectivas para todos los hombres, ni siquiera (y esto me parece muy importante) para una considerable mayoría, las referidas exigencias — ley expresión de la voluntad popular, derechos humanos, es decir, derechos propios de todos los hombres, etc. — que se aducían como criterios legitimadores de tal Estado de Derecho. *Con todo, la poca libertad que existe en el mundo se ha conquistado de modo preferente, no lo olvidemos, en el marco contradictorio de tales Estados.*

El objetivo del Estado democrático de Derecho es justamente el de hacer realidad aquellas exigencias incumplidas: para ello, lo que se propone como base es la liquidación del sistema neocapitalista y el paso progresivo a un modo de producción socialista (que hoy debe saber armonizar planificación y autogestión para lograr un verdadero control colectivo de la economía)." (*Legalidad — Legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid, Civitas, 1977, p. 157.)

4. Os grandes desafios: a "terceira via" e o Estado de Direito do futuro

Contrapostos os três modelos históricos de Estado de Direito — o liberal, o social e o democrático —, que, em verdade, não se contrapõem, antes se integram e se completam — *dialeticamente* dir-se-ia que as formas posteriores são incorporações e superações das antecedentes, na medida

em que consolidam e ultrapassam as conquistas dos modelos históricos que as precedem —, feita essa comparação, constatamos que o grande desafio da hora presente é conceber e desenvolver um novo modelo de *Estado de Direito*, que, sem abandonar as realizações anteriores, possibilite a ampliação daquele núcleo fundamental de exigências da criatura humana, em permanente expansão, segundo a sua natural insaciabilidade axiológica, do que resulta tornar-se necessária a permanente atualização das chamadas “Declarações de Direitos”, para incluir em seus textos tanto os velhos como os novos direitos (JACQUES MARITAIN. *Los Derechos del Hombre*. México-Buenos Aires, FCE, 1949, p. 70; *O homem e o Estado*. Rio, Agir, 1966, p. 106).

Por outras palavras, o que preconizam os arautos desse novo modelo — o do socialismo democrático — é abrir uma *terceira via*, que nos permita atingir a meta da conciliação integradora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo, valores que a história, infelizmente, parece haver condenado a insuperável conflito, senão mesmo contradição radical.

Sabedor das dificuldades que a própria expressão *socialismo democrático* já sugere — as de ordem prática e operacional nem se fala —, o mesmo e saudoso ROBERTO LYRA FILHO chegou a qualificá-la de *ambígua*, para, logo em seguida, fazer esta agudíssima observação: “nós não a empregamos (a expressão *socialismo democrático*) senão com a advertência de que, nela, se procura designar uma *superação*, evitando quer os desvios aburguesados, quer os congelamentos ditatoriais; desta maneira é que ela se revigorou, no panorama atual, com a rejeição do *socialismo* bem comportado e *confiável* (que a burguesia absorve) e também dos *socialismos* burocráticos-repressivos de cúpula (que prevalecem nas repúblicas onde o trabalho não tenha, efetivamente, canais de participação no governo e defesa eficaz contra os burocratas). O socialismo democrático, portanto — concluía o saudoso jurista crítico —, vai, hoje, ganhando sentido da procura duma *alternativa* perante o capitalismo espoliativo e o socialismo gorado” (*O que é Direito*. São Paulo, Brasiliense, 2.ª ed. 1982, p. 98).

Então, o socialismo democrático seria a *terceira via*, que alguns pensadores políticos do nosso século sonham ou desejam poder encontrar, mas que outros sequer procuram, porque, de plano, afirmam que ela não existe e, por isso, não na podem trilhar.

Entre estes últimos, pela sua importância no cenário político e filosófico do nosso século, merece destaque a figura de NORBERTO BOBBIO, o notável pensador italiano a quem se deve as mais expressivas reflexões sobre o tema da chamada *terceira via*, expostas entre outras obras, no famoso ensaio *Qual Socialismo?*, para cuja edição brasileira ele redigiu um

provocativo prefácio, do qual extraímos esta sugestiva passagem, esclarecedora da momentosa questão:

“Nas eleições de junho de 1975 o Partido Comunista, provavelmente em consequência desta nova estratégia, deu um grande salto à frente, a ponto de quase igualar os votos da Democracia Cristã que, nesse meio tempo, tinha sofrido a maior queda da sua história. A situação chegou a ponto de se temer ou esperar, segundo o ponto de vista, que fosse ultrapassada nas eleições políticas seguintes, o que na realidade não aconteceu: o PCI deu, sim, um pequeno passo à frente, mas a DC reconquistou o terreno perdido, tirando votos, sobretudo, dos dois partidos socialistas.

Frente a um partido de esquerda que não havia nunca repudiado, talvez para se distinguir de outros partidos socialistas, o marxismo-leninismo, era natural no momento em que este partido se apresentava como candidato a partido de governo e quando parecia existirem as condições para que seu desejo se realizasse, que se perguntasse quais fossem suas credenciais para participar, com plenos direitos, da direção de um país apoiado em uma democracia representativa, uma forma de governo que os clássicos do marxismo tinham sempre olhado com suspeita e da qual não tinham nunca querido aceitar a legitimidade, a não ser como meio favorável à ascensão do movimento operário.

Foi assim que o velho debate sobre a relação entre a democracia e socialismo reacendeu-se repetidamente e ardeu por cerca de um ano, em contato com a matéria inflamável da polémica política. Mas, mesmo ocasional, a discussão serviu para estabelecer alguns pontos definitivos sobre o significado e valor da democracia, para fixar os limites insuperáveis entre o acordo e o desacordo, para dissipar falsas certezas, para diminuir persistentes névoas ideológicas — que se tornaram mais densas depois da orgia de projetos irrealizáveis produzidos pelos novos movimentos sociais surgidos da onda de contestação global de 68 — em torno dos problemas cuja solução é indispensável ao pacífico desenvolvimento da convivência democrática, e sobre os quais é mais fácil embulhar palavras confusas do que ter idéias claras.” (Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2.^a ed. 1983, p. 8.)

Nessa obra, assim como noutras em que abordou o tema, o grande cientista político, do alto da insuspeita posição de Senador socialista, na República da Itália, afirmou, peremptoriamente, que *a terceira via não existe* e que o socialismo democrático, por enquanto, é apenas um desafio, porque, até hoje, a história não confirmou e nem permitiu que se tornasse

realidade qualquer síntese prática de democracia e socialismo (*As ideologias e o Poder em crise*. Brasília, Ed. UnB, 1988, p. 147; *Qual Socialismo?*, cit. p. 77).

Ao contrário — prossegue em sua crítica refinada o mestre de Turim —, o que se constata, realisticamente, é que não existe democracia onde o socialismo foi realizado, assim como, onde foram observadas as regras do jogo democrático, o socialismo até agora não chegou, e nem mesmo parece iminente.

Por isso, arremata, o verdadeiro problema, que é o de indicar a estrada a percorrer, para se chegar ao socialismo através da democracia, está apenas começando (*Qual Socialismo?*, cit. pp. 64 e 106).

Se o trabalho nessa direção está começando — embora apenas começando —, sem trocadilho podemos dizer que isso já é um bom começo, pelo menos para aqueles que acreditam ser possível construir um novo Estado de Direito, verdadeiramente democrático, isto é, uma ordem jurídico-política que assegure a todos os homens não apenas o reconhecimento de uns tantos direitos, mas a efetiva fruição de todos os direitos, tantos quantos venham a ser reclamados na ordem história, em função de sempre renovadas carências, das quais resultem, por via de consequência, novas demandas de liberdade e de poderes, tal como antevisto pelo próprio crítico da “terceira via”, na obra, já referida, significativamente intitulada *A Era dos Direitos*.

Essa é a posição, entre outros, do consagrado constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO, lucidamente exposta em comentários à Constituição da República Portuguesa de 1976, sobretudo ao seu art. 2.º, onde está dito que essa República é “um Estado de direito *democrático*, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e de organização política *democráticas*, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da *democracia econômica, social e cultural* e o aprofundamento da *democracia participativa*”.

Desses comentários, para ilustrar a palestra e realçar as posições doutrinárias do ilustre jurista lusitano — que escreveu aquela obra em parceria com o não menos conceituado VITAL MOREIRA —, extraímos os trechos a seguir, reproduzidos no que interessa aos objetivos desta exposição:

“O Estado é um *Estado de direito democrático*. Este conceito ... é bastante complexo, e as suas duas componentes — ou seja, a componente do Estado *de direito* e a componente do Estado *democrático* — não podem ser separadas uma da outra. O Estado

de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Há uma *democracia de Estado-de-direito*; há um *Estado-de-direito de democracia*.”

“Esta preocupação de qualificar o conceito de Estado de direito decorre seguramente do propósito de não deixar que o conceito, isoladamente considerado, pudesse ser adoptado com um sentido puramente formal, numa perspectiva a-democrática, se não mesmo adversa à democracia. . .”

“A qualificação democrática do Estado de direito não significa que as características tradicionalmente associadas ao conceito desapareçam; significa porém que elas têm de ser lidas a uma luz específica e têm de ser unificadas por esse critério. Sobretudo, ela obriga a ler o Estado de direito no quadro do princípio democrático concretamente configurado na CRP, apontado como está a um horizonte de democracia material, consubstanciada na realização da *democracia econômica, social e cultural* (art. 2.º, *in fine*), na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante, entre outras coisas, a socialização dos principais meios de produção.”

“Ao Estado incumbe, não apenas *respeitar os direitos e liberdades fundamentais*, mas também garanti-los. Daqui resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que os restringisse às liberdades pessoais, civis e políticas, e que reduzisse estas a meros direitos a simples abstenções do Estado. . . ; por outro lado, direitos fundamentais são também os direitos positivos, de caráter econômico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impende o encargo da sua satisfação.”

“O Estado de direito democrático tem por objetivo a *transição para o socialismo*. . . A transição para o socialismo opera-se pela *realização da democracia econômica, social e cultural* e pelo *aprofundamento da democracia participativa*. Poder-se-á pois, dizer que na concepção constitucional existe uma *relação necessária entre democracia e socialismo*, de tal modo que o socialismo não é mais do que (nem pode ser coisa diferente de) a realização plena da democracia em todos os campos, o estágio consumado da democracia, e que a democracia só atinge a sua completude no (e através do) socialismo. Em certo sentido, aliás, socialismo constitucional é a democracia socializada, e a democracia constitucional é a sociedade democratizada (em todos os seus aspectos).”

“Sendo a transição para o socialismo um processo, um caminhar no sentido de uma meta, e constituindo cada avanço no sentido dessa meta um aperfeiçoamento do Estado de direito democrático, então cada progresso no sentido do socialismo transforma-se em elemento adquirido do Estado de direito democrático.” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, Coimbra Editora, 1984, 1.º vol. pp. 73/78.)

5. Conclusão

Essas considerações, publicadas inicialmente em 1978 e, depois, em 1984, obviamente são anteriores à derrubada do Muro de Berlim e à desagregação da ex-União Soviética, fatos que remeteram para o museu da História a experiência do socialismo real ou o socialismo real como experiência.

Se, no futuro — o que não parece provável —, renascer a idéia ambiciosa de fundir democracia e socialismo, rumo à abertura da chamada *terceira via*, que tantos consideram cometimento impossível, se isso vier a acontecer, todos nós, e não apenas os adeptos desse Estado Democrático de Direito, deveremos reler essas páginas, quando mais não seja porque cheias de generosidade e utopia, uma e outra indispensáveis ao progresso da Cidade dos Homens.

Enquanto isso não ocorrer — e porque rejeitadas, historicamente, tanto a alternativa do socialismo real quanto a da construção da “terceira via”, esta pela insuperável contradição entre democracia e socialismo —, impõe-se, então, aperfeiçoar a opção democrática, explorando-lhe todas as virtualidades. Para tanto, torna-se imperioso caminhar da democratização do Estado, que, em tese, já se alcançou plenamente com a universalização do sufrágio, até a democratização da Sociedade, o que só se conseguirá se lograrmos estender a experiência da *legitimação pelo consentimento/participação* a todos os núcleos da vida social, onde se tomem decisões que interessem a mais de um cidadão.

Noutras palavras, para sermos sintéticos, esse ideal de “saturação democrática” só se realizará quando tivermos percorrido, efetivamente, a longa e penosa estrada que leva da democratização do espaço público à democratização da vida privada, praticando-se a democracia em todos os âmbitos existenciais do *homem concreto*, onde este desempenha as mais diversas funções ou dá conta dos mais variados papéis.

Essa, a nosso ver, é a grande tarefa a cumprir no século que se avizinha, século em que, se formos capazes de vencer tamanho desafio, conseguiremos construir o Estado de Direito do próprio gênero humano.

As Limitações ao Exercício da Reforma Constitucional e a Dupla Revisão *

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TELXEIRA ROCHA

Professora de Direito Constitucional das Faculdades Integradas Cândido Mendes — Ipanema. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Católica Portuguesa

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Classificação dos limites do Poder Reformador.* 3. *As limitações e a polémica doutrinária da dupla revisão.* 4. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

Tema de permanente relevo nos estudos jurídicos e políticos é o que concerne à reforma das Constituições.

A questão está centrada na existência de Constituições rígidas que, para serem revistas, exigem “a observância de uma forma particular distinta da forma seguida para elaboração das leis ordinárias”¹, resultando uma relativa imutabilidade do Texto Constitucional.

Isto não significa que as Constituições flexíveis não ofereçam problemas para a sua revisão — as limitações exemplificam o impasse e o grau de dificuldade que poderá advir quando de sua alteração. Porém, é nas Constituições rígidas que se encontra a previsão de um processo mais dificultoso para efetivar-se a reforma constitucional, observando-se, com maior nitidez, os limites e o *modus faciendi* ditado pelo Poder Constituinte Originário².

* Trabalho apresentado ao Professor Jorge Miranda, na Universidade Católica Portuguesa, em outubro de 1989.

1 MIRANDA, Jorge — *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, 2ª ed., 1988, p. 121.

2 O presente trabalho limita-se a abordar, apenas, as modificações formais da Constituição ou as “vicissitudes constitucionais expressas, sem quebra de continuidade”, como as designa JORGE MIRANDA. Não serão tratadas, pois, as modificações não formais, tendo em vista a extensão do tema.

Diferentemente do Poder Constituinte inicial, o Poder de Reforma encontra-se instituído na Constituição e, por conseguinte, sujeito a limitações, pois, embora possa criar normas com características de novidade, cria-as dentro de uma ordem jurídica previamente estabelecida.

Assim, “na qualidade de poder constituído, está o Poder Reformador regulado pela Constituição, a qual fixa a forma de sua manifestação, estabelece seus limites, enfim, cria a sua competência”. É um “poder de direito limitado pelo Direito Positivo”³.

2. *Classificação dos limites do Poder Reformador*

A fim de facilitar o estudo das limitações existentes, são as mesmas agrupadas, por diversos autores, em duas classes distintas: materiais e formais.

Limitações materiais são aquelas concernentes ao conteúdo da reforma, à questão de fundo ou matéria, podendo constar, expressa ou implicitamente, no Texto Constitucional.

Por seu turno, as limitações formais referem-se às proibições temporais, circunstanciais e procedimentais a serem observadas na elaboração da reforma⁴.

Existe, ademais, limitações ao Poder Constituinte Originário, que também limitam o exercício do Poder Reformador. Mas, neste trabalho, elas não serão consideradas, por ficarem melhor localizadas num estudo sobre o Poder Constituinte Originário⁵.

3 DINIZ JÚNIOR, Antônio Gabriel — “Poder de Reforma Constitucional”, in: *Revista de Direito Público*, São Paulo, jul./dez., 1978, p. 106.

4 Diferentemente, Marcelo Rebelo de Souza, ao tratar dos limites formais ao poder de revisão, não inclui nesta categoria as limitações temporais (apesar de considerá-las intimamente ligadas às limitações de forma) nem, tampouco, as circunstanciais.

Segundo o autor, os limites formais são de três tipos distintos, embora interligados:

— limites quanto ao órgão ou entidade competente para exercer a iniciativa da revisão;

— limites quanto ao órgão ou entidade competente para aprovar as alterações constitucionais;

— limites concernentes às maiorias requeridas para a votação da revisão constitucional. In: *Direito Constitucional I — Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979, pp. 70-75.

5 Nesse sentido ver: MIRANDA, Jorge — ob. cit., pp. 87-89, SOUZA, Marcelo Rebelo de — ob. cit., pp. 61-62, VANOSSI, Jorge Reinaldo A. — *Teoria Constitucional — Teoria Constituyente*, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 175 ss.

3. *As limitações e a polêmica doutrinária da dupla revisão*

Por muito tempo defendeu-se a tese da imutabilidade absoluta das Constituições, como originária da concepção contratual do Estado.

Mas as Constituições não poderiam ser eternas e imutáveis por deverem refletir as condições sócio-culturais em constante modificação.

Há que se ter em conta, na lição de PINTO FERREIRA, a “necessidade palpável do *processus* de modificação constitucional⁶, da sua revisão, em conformidade aos preceitos estatuídos pela própria Constituição, a fim de ajustá-la e acomodá-la continuamente, mediante medidas pacíficas, à realidade social cambiante”⁶.

Deve-se preservar, contudo, a identidade e continuidade da Constituição como um todo. Daí, o legislador constituinte fixar disposições intangíveis, que têm por escopo impedir, radicalmente, modificações de determinadas normas constitucionais.

Neste ponto, LOEWENSTEIN estabelece duas espécies de limitações. Segundo ele, de uma parte, existem medidas para proteger concretas instituições constitucionais, é a chamada intangibilidade articulada; de outra, existem aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição, que não devem estar necessariamente expressos em disposições ou instituições concretas, mas que regem como “implícitos”, “imanescentes” ou “inerentes” à Constituição.

No primeiro caso, determinadas normas constitucionais não são passíveis de alteração face a uma proibição jurídico-constitucional, no segundo, a proibição da reforma se produz a partir do espírito, o telos da Constituição, sem uma proclamação expressa da norma.

Indo além, o autor identifica os casos em que as disposições articuladas de intangibilidade podem intentar-se: “1) La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica... 2) La prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al presidente tras uno o también tras dos periodos de mandato en el cargo presidencial... 3) La prohibición de modificar la forma democrática de gobierno... 4) En el mismo capítulo caen también las prohibiciones de modificar los derechos fundamentales... 5) La estructura federal... 6) Ocasionalmente se encuentran también prohibiciones generales de efectuar reformas que contradigan el espíritu de la Constitución”⁷.

Na realidade, trata-se de enumeração meramente exemplificativa, porquanto o Poder Constituinte é soberano para dotar de intangibilidade

6 FERREIRA, Luiz Pinto — *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Tomo I, Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 1971, p. 159.

7 LOEWENSTEIN, Karl — *Teoría de la Constitución*, Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1979, pp. 189-190.

qualquer das disposições constitucionais. O que se quer realçar, contudo, é a intenção do legislador constituinte em resguardar certos conteúdos constitucionais, revestindo-os de imutabilidade absoluta, mediante a impossibilidade do oferecimento de qualquer proposta para a sua abolição.

Essas proibições, comumente denominadas "cláusulas pétreas", pelo seu caráter de irreformabilidade e intocabilidade, constituem limites explícitos, quando previstos no Texto Constitucional.

Os exemplos são facilmente encontrados em Direito Comparado. Com relação à forma republicana de governo, a primeira manifestação dessa limitação ao poder reformador é ilustrada pela Lei Constitucional francesa de 14 de agosto de 1884, art. 2.º⁸.

Na França, a mesma proibição foi reproduzida nas Constituições de 1946, art. 95, e 1958, art. 89. Ainda as Constituições da República Federal Alemã de 1949, art. 79, da Itália, de 1947, art. 139, de Portugal de 1911, art. 82, § 2.º. No Brasil, as Constituições republicanas de 1891, art. 90, § 4.º, de 1934, art. 178, § 5.º, de 1946, art. 217, § 6.º, de 1967, art. 50, § 1.º e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 47, § 1.º. A recentíssima Constituição promulgada em 1988 prevê, no art. 2.º das Disposições Transitórias, a consulta plebiscitária ao eleitorado, a fim de que este se manifeste sobre a forma e o sistema de governo que devem vigorar no País.

Também a forma monárquica de governo é matéria intocável em algumas Constituições como a da Grécia, de 1952, art. 108, e a da Bélgica, de 1831.

8 Não obstante os termos expressos da proibição de ser revisada a forma republicana de governo, constante do artigo 2º da Lei Constitucional francesa de 1884, a sua validade jurídica foi contestada por BURDEAU, por entender que esta disposição tinha uma significação política: ela provava que a República, que mal se tinha ousado a firmar em 1875, era, daí em diante, a forma do Governo, francês, mas seu valor jurídico é nulo porque o poder constituinte de um dia não tem título para limitar o poder constituinte do futuro. Deve-se dizer o mesmo do artigo 89 da Constituição de 1958, que formula a mesma interdição inclusa na Lei de 1884. (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, LGDJ, Paris, 6ª ed., 1974, pp. 85 ss. Ver ainda, a este respeito, DUGUIT, Léon, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Fontemoing, Paris, 2ª ed., 1911, pp. 460 ss. e HAURIOU, Maurice — *Précis Elementaire de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1930, pp. 112-113).

No *Traité de Science Politique*, BURDEAU, após uma "maior reflexão", concluiu que a tese defendida carecia de fundamento. Ele reitera o significado político da Lei Constitucional de 14-8-1884, cujo artigo 2º acrescentou à Lei de 25-2-1875 uma alínea, interditando a proposição de revisão no tocante à forma republicana; defende, porém, a sua validade jurídica. "En effet, lorsque la constitution interdît qu'il soit porté atteinte à la forme du régime ou à son esprit général, elle ne proclame nullement l'immutabilité absolue des institutions, ce qui serait un non-sens. Elle refuse seulement à l'organe de révision la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent les possibilités d'un pouvoir institué. Mais, ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser". (Tomo IV, LGDJ, Paris, 1969, pp. 257-258.)

Nas Constituições de alguns Estados federais, há proibição de alterações do regime federativo. Um exemplo muito citado é o artigo V da Constituição dos Estados Unidos, que proíbe seja suprimida a igualdade de representação dos Estados no Senado Federal⁹.

Na Constituição Brasileira de 1891, art. 90, § 4.º, havia, tal qual na da América, a proibição de desigualdade de representação dos Estados no Senado, bem como vedava-se, expressamente, proposta de emenda tendente a abolir a forma republicana representativa. As Constituições que se seguiram, à exceção da de 1937, mantiveram esta última proibição, como também procuraram preservar a Federação, não permitindo que o poder reformador a alcançasse.

Comumente alvo das limitações são, ainda, os direitos fundamentais do homem. A Constituição Federal Alemã, no seu art. 79, alínea 3, proíbe sua revisão. De igual modo a Constituição Portuguesa de 1976, art. 290, alínea d, e a Constituição Brasileira de 1988, art. 60, § 4.º, inciso IV.

⁹ Na concepção de LOEWENSTEIN, tal proibição não configuraria uma autêntica disposição de intangibilidade, já que nada se oporia à eliminação deste preceito, uma vez proposta uma Emenda à Constituição. Com a devida vênia, tal posição não há de ser acatada, vez que a intocabilidade do dispositivo em causa foi consagrada, expressamente, no Texto Constitucional, através da representação paritária dos Estados-Membros na Câmara Alta, não podendo, por conseguinte, ser suprimida, sob pena de comprometer a existência da Federação. Ademais, tendo em vista a evolução histórica do federalismo na América do Norte e os condicionantes que levaram os Estados Confederados a ratificarem a Constituição Federal, caso se procedesse tal modificação, estar-se-ia diante de uma frontal contradição ao espírito da Constituição, que o próprio LOEWENSTEIN reconhece como limite a ser observado pelo poder reformador. (Ob. cit., p. 190.) Sobre o assunto, ver JOSEF STORY, cuja tese foi desenvolvida por WILLIAM MARBURY no artigo *The limitation upon the amending power*. Segundo o autor; "... there is one express limitation placed upon the amending power in Article V of the Constitution which is still in force. It is provided in that article that no amendment shall be adopted which shall deprive any state of its equal representation in the Senate."

It would seem to be manifest that this prohibition could not be nullified, indirectly, by taking away from the state any of those functions which are essential "to its separate and independent existence" as a state. Certainly the legislative power, the right to make laws for its own government, must be deemed one of those functions.

If by successive amendments a state could be deprived of its legislative powers, it would cease to be the state, which is guaranteed, by this limitation upon the amending power, perpetual, equal representation in the Senate". (In: *Harvard Law Review*, 1919/1920, p. 229.)

Isto não significa, contudo, que seja impossível a coexistência de desigualdade de representação no Senado com a forma federativa, conforme se verifica na República Federal Alemã.

O que se quer salientar é a necessidade de resguardar de possíveis violações as limitações constitucionais, quer atuem elas através de preceitos expressos, quer emanem do espírito da Constituição.

Expressas ou implícitas no Texto Constitucional, as limitações ganham sentido polêmico com o confronto de idéias entre aqueles que as admitem ou não.

Três teses principais prevalecem acerca das limitações à reforma constitucional:¹⁰

1) A dos que consideram e aceitam tais limites insuperáveis; tese sustentada por BURDEAU, HAURIOU, ESMEIN, MORTATI, BARILE, BALLADORE PALLIERI, MARCELO REBELO DE SOUZA, GOMES CANOTILHO, dentre outros¹¹, cuja argumentação se fulcra na limitação do poder revisional, poder constituído por excelência, e sua subordinação a uma regra superior que lhe define a competência. De tal fato decorre que, ab-rogando tais limites, estaria destruindo-se o fundamento da própria competência do poder de revisão. Ademais, considerando os regimes que repousam sobre o princípio da soberania nacional, se uma autoridade constituída tivesse a plenitude do Poder Constituinte e pudesse, por via de consequência, modificar a estrutura política do Estado, a Nação não mais seria a *maitresse* da Constituição, donde deflui a necessidade de exigir-se que o poder dos órgãos constituídos sejam limitados e determinados por uma regra superior que lhes defina a competência, pois, nas palavras de BERLIA, citado por BURDEAU, "Les élus sont les représentants de la nation souveraine et, en aucun cas, les représentants souverains de la nation"¹².

Um segundo argumento baseia-se no fato de que as formas de revisão são comandadas pelo regime político definido na Constituição.

Existe uma solidariedade entre o fundamento político-filosófico da Constituição e o tipo de revisão que ela prevê, vez que a competência revisional está a serviço de uma idéia de direito e estar-se-ia diante de um

10 MIRANDA, Jorge — ob. cit., p. 165.

11 BURDEAU, Georges — *Traité...*, Tomo IV, pp. 250 e ss; MAURICE HAURIOU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, tradução de Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 2ª ed., 1927, pp. 322-325; ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Recueil Sirey, Paris, 7ª ed., 1921, pp. 588 e ss. do Tomo I e pp. 495 e ss. do Tomo II; MORTATI, Costantino — *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Volume II, Cedam, Padova, 7ª ed., 1967, pp. 974 a 979; BARILE, Paolo — *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 2ª ed., 1975, pp. 222 e 223 e *Le Libertà Nella Costituzione-Lezioni*, Cedam, Padova, 1966, pp. 62 e 63; PALLIERI, G. Balladore — *Diritto Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 5ª ed., 1957, pp. 249 a 253; SOUZA, Marcelo Rebelo de — ob. cit., pp. 78 a 85; CANOTILHO, José Joaquim Gomes — O Problema da Dupla Revisão na Constituição Portuguesa, *Revista Fronteira*, Coimbra, dezembro/1978 e *Diritto Costituzionale*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, pp. 426 e ss. No Brasil, quem examinou o assunto foi SAMPAIO, Nelson de Souza — *O Poder de Reforma Constitucional*, Livraria Progresso, Bahia, 1954, pp. 84 e ss.

12 Nota de rodapé, *Traité...*, Tomo IV, p. 251.

verdadeiro *détournement de pouvoir*, caso ela fosse o instrumento para a instauração de uma idéia diferente¹³.

2) A segunda tese rechaça a legitimidade ou eficácia jurídica dos limites da revisão constitucional.

Conforme preleciona JORGE MIRANDA, “aqueles que impugnam a legitimidade ou a eficácia jurídica das normas de limites materiais aduzem a inexistência de diferença de raiz entre Poder Constituinte e poder de revisão — ambos expressão da soberania do Estado e ambos, num Estado democrático representativo, exercidos por representantes eleitos; a inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes — umas e outras, afinal, inseridas no mesmo sistema normativo; e a inexistência de diferença entre matérias constitucionais — todas do mesmo valor, se constantes da mesma constituição formal.

O Poder Constituinte, de certo momento, não é superior ao Poder Constituinte do momento posterior. Pelo contrário, deve aplicar-se a regra geral da revogabilidade de normas anteriores por normas subseqüentes”¹⁴.

JORGE REINALDO VANOSSI, examinando a questão das cláusulas pétreas, implícitas e explícitas, conclui pela inutilidade e relatividade destas últimas.

Afirma ele que a virtualidade dessas cláusulas é nenhuma, nos casos de violação ou “rompimento” revolucionário das proibições, de superação revolucionária de toda a Constituição e de derrogação da própria norma constitucional proibitiva¹⁵.

13 BURDEAU, Georges — *Traité...*, Tomo IV, p. 252.

14 Ob. cit., p. 167.

15 “... 1) por la inexistencia de cláusulas pétreas implícitas, es decir, de contenidos constitucionales pretendidamente irreformables por supuesta afectación del “espíritu” de la Constitución escrita, compartiendo en un todo la opinión de BISCARETTI en el sentido de admitir “la plena posibilidad que todo Estado puede modificar, también sustancialmente, el propio ordenamiento supremo, o sea, la propia Constitución si bien moviéndose siempre en el ámbito del derecho vigente (como corroboran las numerosas Constituciones modernas que prevén también la propia reforma total), incluso en la hipótesis extrema que así se cambia su misma forma de Estado”; y

2) por la inutilidad y relatividad jurídica de cláusulas pétreas expresas, que si bien responden a una inquietud política de conservación y perdurabilidad tendientes a disipar el rápido cuestionamiento de ciertos apoyos constitucionales (v. gr., en el caso de la forma de Estado), su virtualidad jurídica se reduce a cero frente a hipótesis — muy posibles — de: a) violación o “quebrantamiento” revolucionario, cuando no se cumplen las prohibiciones y, a pesar de ello, la reforma de un contenido prohibido alcanza efectividad por su vigencia ante los órganos del Estado y el ulterior acatamiento comunitario; b) superación revolucionaria de toda la
(Continúa)

Com o devido respeito, não merece ser compartilhado o entendimento do autor, por querer ele exigir do Direito Positivo, como técnica de controle social, muito mais do que seria razoável esperar. As duas primeiras hipóteses referem-se a ocorrências revolucionárias, que supõem, naturalmente, o afastamento da norma proibitiva ou de todo o ordenamento jurídico. O Direito Positivo pode pretender evitar a reiteração de sucessos revolucionários, mas não pode eliminá-los. Enquanto funcionar o sistema de controle da constitucionalidade das leis (inclusive das emendas e revisões constitucionais), a utilidade e eficácia da norma proibitiva será manifesta.

Com relação à terceira hipótese, isto é, da derrogação da própria norma constitucional, parece ser ela juridicamente inviável, tendo em vista se tratar de um limite implícito ao poder reformador.

De relevo, ainda, a posição de BISCARETTI DI RUFFIA, ao negar a existência de limites implícitos e defender a reforma substancial da Constituição (movendo-se sempre no âmbito do direito vigente) ¹⁶.

Partindo da premissa de que os órgãos de reforma são órgãos constituídos, poderiam eles inovar substancialmente a Constituição, sem destruir as bases de sua própria autoridade, já que o ordenamento estatal, uma vez criado e vivendo sua própria existência, pode desenvolver-se, valendo-se dos procedimentos e dos órgãos destinados a isso.

Ora, o que se apresenta como objeção é exatamente o que se impugna. Há um sistema estabelecido na Constituição, há um ordenamento que não pode ser destruído pelos órgãos constituídos, sob pena de se provocar uma ruptura na ordem constitucional.

Alega também o autor ser possível atacar os fundamentos político-jurídicos do regime (a Constituição em sentido material), sem interromper a sua continuidade.

Neste ponto, deve ser invocada a teoria de CARL SCHMITT, para ter presente a distinção, por ele feita, entre Constituição — decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política — e leis constitucionais — as normas contidas na Constituição que simplesmente completam ou regulam essa decisão política fundamental ¹⁷.

(Continuação da nota 15)

Constitución, con lo cual el problema se torna abstracto, pues desaparece la norma misma que establecía la prohibición o condición pétrea; y c) derogación de la propia norma constitucional que establece la prohibición, siguiendo los mecanismos previstos por la Constitución a los efectos de su reforma regular, para proceder luego — y en consecuencia de la derogación operada — a modificar la cláusula que ya no tiene más carácter pétreo", ob. cit., pp. 190 a 192.

¹⁶ *Direito Constitucional — Instituições de Direito Público*, tradução de Maria Helena Diniz, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, pp. 227 ss.

¹⁷ *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pp. 23 ss.

Segundo o conceito schmittiano, é na Constituição onde encontra-se assentada a estrutura fundamental do Estado, o seu cerne, aquilo que LOEWENSTEIN chama de *espírito*¹⁸. Emissão direta da vontade do Poder Constituinte num momento específico e determinado, a Constituição consolida, na norma, princípios fundamentais que, uma vez alterados, implicariam na modificação da ordem constitucional, mesmo que tal alteração se processasse no âmbito do direito vigente, pois, nesta hipótese, estar-se-ia diante de uma transição constitucional.

Por derradeiro, não satisfaz igualmente a BISCARETTI DI RUFFIA a afirmação de que toda a estrutura do Estado aparece demarcada por obra de uma supernorma que lhe imprime, irremediavelmente, a forma essencial. Que esta postura é para quem segue uma concepção puramente normativa do direito, segundo a qual as distintas normas se reconduzem a uma unidade, somente porque dimanam e dependem de uma ou mais normas fundamentais.

Neste contexto, resta indagar qual seria então, a função da Constituição? Como e onde estaria ela situada na hierarquia jurídico-normativa? E mais, como se justificaria o controle da constitucionalidade das leis?

Não se pretende, aqui, afirmar a tese de HAURIOU, que criou o fenômeno da superlegalidade constitucional, distinta do conceito de Constituição escrita, para nela incluir todos os princípios fundamentais do regime, os quais devem ser afastados da esfera de ação do poder de revisão. Esses princípios seriam superiores à Constituição escrita, valendo independentemente da sua inserção no texto, porque "o característico dos princípios é existir e valer sem texto"¹⁹.

O entendimento aqui esposado é justo o oposto. De fato tais princípios são juridicamente válidos, exatamente por constarem no documento constitucional. Por óbvio, a referência abrange, apenas, as limitações expressas, já que as tácitas e as que cerceiam o Poder Constituinte originário, por consequência, o derivado, e que não se acham explicitadas, na primeira hipótese são decorrentes do próprio sistema constitucional e, na segunda, preexistem à Constituição.

3) A terceira tese acerca dos limites de reforma, ponto central da presente análise, é aquela em que alguns autores admitem as limitações, mas tomam-nas, apenas, como relativas, passíveis de supressão através da dupla revisão.

Consiste a dupla revisão na afirmação de "validade dos limites materiais explícitos, mas, ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os prevêm, como normas de Direito positivo que são, podem ser modificadas

18 Ob. cit., p. 189.

19 HAURIOU, Maurice — *Principios de Derecho Público y Constitucional*, op. cit., pp. 325 a 328.

ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites”, acorde definição de JORGE MIRANDA, doutrinador que perfila esta corrente ²⁰.

Neste ponto, convém estabelecer um paralelo entre a doutrina de JORGE MIRANDA e BISCARETTI DI RUFFIA, que, a despeito de coincidirem quando sustentam a teoria da dupla revisão, diferem, substancialmente, na sua fundamentação.

Conforme foi dito, BISCARETTI DI RUFFIA nega a existência dos limites tácitos considerando, apenas, os expressos, consagrados no Texto Constitucional. No entanto, entende que tais limites e, ressalve-se, todos eles, indistintamente, são passíveis de superação, através da ab-rogação preventiva dos artigos que os consagram, vez que possuem a mesma eficácia de todos os demais que vigoram na Constituição. Uma vez ab-rogados, poder-se-ia propor reformas, ainda, que contrastassem com seu conteúdo ²¹.

Dentre as críticas que se formularam a respeito de tal construção doutrinária destacam-se:

“a preterição dos limites materiais ao poder de revisão constitucional representa, na realidade, uma ruptura na ordem constitucional” ²², nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUZA, pois, se forem alterados princípios fundamentais, estar-se-ia diante de nova Constituição material.

Mas a intangibilidade articulada de uma norma constitucional reflete não só a rigidez da Constituição, como também a fixidez da própria norma ²³.

E, por fim, o nivelamento feito entre o Poder Constituinte originário e o derivado não parece juridicamente aceitável, quer se considere o poder reformador como Poder Constituinte derivado neste caso, condicionado, subordinado e limitado pelo originário, quer, e sobretudo neste hipótese, se o considere como “competência autêntica”, na expressão de CARL SCHMITT ²⁴. Decorre daí ser inaplicável o princípio clássico que a lei posterior revoga a anterior, em face da inexistência de identidade de natureza entre ambos ²⁵.

Uma outra crítica relevante é ainda invocada inobstante a ausência de rigor técnico-jurídico na sua formulação, mas cujo empirismo aponta e revela os riscos de uma possível manipulação constitucional, tal qual

20 Ob. cit., p. 168.

21 Ob. cit., pp. 227 ss.

22 Ob. cit., p. 83.

23 M. Rebelo de Souza, ob. cit., p. 84.

24 Ob. cit., p. 119.

25 M. Rebelo de Souza, op. cit., p. 84.

ocorreu na República de Weimar, em França, no Regime de Vichy e no Brasil, em 1964, de gravidade inolvidável.

JORGE MIRANDA, por seu turno, ao defender a possibilidade da dupla revisão, difere doutrinariamente do eminente constitucionalista italiano.

Sustenta que, atingidos os princípios nucleares da Constituição em segundo processo de revisão, mesmo observando-se os requisitos de forma, estar-se-ia diante de uma transição constitucional, e não de uma revisão²⁶.

Defende a existência de diferentes categorias de limites — limites de primeiro grau ou próprios, que são aqueles que exibem direta ou imediatamente princípios fundamentais da Constituição, a idéia de Direito, o projeto e o regime em que assenta, de natureza declarativa, vez que a norma de garantia não os constitui; e limites de segundo grau ou impróprios, que são aqueles em que o legislador constituinte alçou ao nível de limites materiais sem, contudo, se identificarem com a essência da Constituição²⁷.

A partir desta gradação, entende o autor serem imodificáveis determinados limites — aqueles sob os quais se firma a arquitetura constitucional — v. g.: a titularidade do poder de revisão, a rigidez ou flexibilidade constitucional, a forma de governo etc, pois só há que se falar em revisão constitucional se forem eles respeitados, senão, verificar-se-ia o desvio de poder²⁸. Razão pela qual, mesmo que se eliminem cláusulas concernentes a limites do Poder Constituinte originário e limites de primeiro grau, eles subsistiriam e imporiam-se ao futuro legislador de revisão²⁹.

Conclui, portanto, só haver dupla revisão em se tratando de cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau³⁰.

Trata-se de uma posição conciliatória que, se por um lado é inovadora, por outro, resguardou princípios doutrinários que, se fossem ultrapassados, colocariam em risco a supremacia da Constituição, exigência básica da democracia representativa.

26 *Ob. cit.*, p. 173.

27 *Ob. cit.*, pp. 175-176.

28 *Idem*, pp. 179 e 182.

29 *Id.*, p. 181.

30 *Id.*, p. 182.

4. Bibliografia

- BARILE, Paolo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 2ª ed., 1975.
———. *Le Libertà Nella Costituzione — Lezioni*, Cedam, Padova, 1966.
BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, LGDJ, Paris, 6ª ed., 1974.
———. *Traité de Science Politique*, Tomo IV, LGDJ, Paris, 1969.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977.
- . "O Problema da Dupla Revisão na Constituição Portuguesa", *Revista Fronteira*, Coimbra, dezembro/1978.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*, Fontemoing, Paris, 2ª ed., 1911.
- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Recueil Sirey, Paris, 7ª ed., 1921.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Tomo I, Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 1971.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. "O poder de revisão constitucional", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, out./dez./1977.
- HAURIUO, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1930.
- . *Princípios de Derecho Público y Constitucional*, Tradução de Carlos Ruiz del Castilho, Reus, Madrid, 2ª ed., 1927.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 10ª ed., 1987.
- DINIZ JÚNIOR, Antônio Gabriel. "Poder de Reforma Constitucional", in: *Revista de Direito Público*, São Paulo, jul./dez./1978.
- KELSEN, Hans. *Teoria General Del Estado*, tradução Luiz Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1979.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, tradução: Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1970.
- MARBURY, William L. "The Limitations upon the Amending Power", in *Harvard Law Review*, 33, 1919-1920.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, 2ª ed., 1988.
- MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Volume II. Cedam, Padova, 7ª ed., 1967.
- PALLIERI, G. Balladore. *Diritto Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 5ª ed., 1957.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional — Instituições de Direito Público*, tradução: Maria Helena Diniz, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984.
- . *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 6ª ed., 1988.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*, Livraria Progresso, Bahia, 1954.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.
- SOUZA, Marcelo Rebelo. *Direito Constitucional I — Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979.
- VANOSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional I. Teoría Constituyente*, Depalma, Buenos Aires, 1975.

O Distrito Federal nas Constituições e na Revisão Constitucional de 1993

GILBERTO TRISTÃO

Professor do Mestrado em Administração da
Universidade de Brasília

S U M Á R I O

1. Origens do Distrito Federal. 2. O Poder Executivo no Distrito Federal. 3. O Poder Legislativo no Distrito Federal. 4. O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública no Distrito Federal. 5. Nivel político na Federação e autonomia do Distrito Federal. 6. Conclusão.

A autonomia do Distrito Federal vem sendo debatida desde a Constituição Republicana de 1891. Quando a Capital do Brasil foi transferida para o interior do País, cumprindo a meta síntese do Governo Kubitschek, o Distrito Federal recebeu o tratamento de Município. Sob a égide da Constituição Federal anterior, dizia-se que era um Estado anômalo. Hoje, afirma-se que ele é um Estado atípico.

Neste trabalho apresenta-se pesquisa realizada nas Constituições Federais e algumas reflexões sobre a autonomia do Distrito Federal, a título de contribuição para a revisão constitucional de 1993.

1. *Origens do Distrito Federal*

O Brasil foi buscar inspiração nos Estados Unidos para criar o seu Distrito Federal. A Constituição daquele País registra ser uma das competências do Congresso “exercer o poder legiferante exclusivo no distrito que, cedido por determinados Estados e aceito pelo Congresso, se torna a sede do Governo dos Estados Unidos”¹. Esse dispositivo pretendeu evitar a dependência do Governo Federal em relação ao Estado que com ele compartilhasse a mesma sede.

No Brasil, “não havia discriminação clara entre a administração geral do Império e a especial da Província do Rio de Janeiro, situação que fica patenteada quando estudamos os orçamentos dos primeiros anos da Monarquia. (...) A partir de 1831, começam a aparecer as despesas

¹ Constituição dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787, Seção 8, 17. In: BRASIL. CONSTITUIÇÃO. *Constituições do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília, Senado Federal — Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, Vol. I, p. 421.

separadamente por cada Ministério e cada Província, mas então se observa que a do Rio de Janeiro tinha uma organização *sui generis*. Não havia Presidente, como nas outras Províncias, cabendo a administração do Rio de Janeiro ao Governo Geral. Em todos os Ministérios era total a confusão das verbas da Província do Rio de Janeiro com as do Império"². Para acabar com tal confusão, o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 estatui que "a autoridade da Assembléia Legislativa da Província em que estiver a Corte não compreenderá a mesma Corte, nem o seu Município" (art. 1.º). Esse artigo desligou a cidade do Rio de Janeiro da Província do mesmo nome, instituindo o Município Neutro, denominação utilizada durante o Império.

Afonso Arinos observa que, "muito embora tomando por modelo a Constituição norte-americana, o nosso Direito Público dela logo se apartou consideravelmente, em virtude da diversidade das situações entre as cidades de Washington e Rio de Janeiro. Enquanto lá não se sentiu necessidade de eleição de deputados, no Rio foi o contrário"³.

A Constituição Republicana de 1891 adotou a denominação Distrito Federal para o antigo Município Neutro (art. 2.º), considerada inadequada por Carlos Maximiliano: "distrito não é circunscrição autônoma, na técnica administrativa brasileira; constitui parte de Município, administrada por pessoa nomeada por Prefeito ou Intendente e demissível *ad nutum*"⁴.

2. O Poder Executivo do Distrito Federal

Na vigência da Constituição de 1891, "era o Prefeito de livre nomeação do Presidente da República, e de sua imediata confiança. Não provinha essa situação, porém, do texto constitucional, mas das leis federais que regulavam a sua organização, de acordo com os termos gerais do art. 87 daquela Constituição"⁵.

Embora a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, no seu art. 15 dissesse que "o Distrito Federal será administrado por um Prefeito, de nomeação do Presidente da República...", o art. 4.º, parágrafo único das Disposições Transitórias determinava que o Distrito Federal seria administrado por um Prefeito eleito por sufrágio direto e que a primeira eleição seria feita pela Câmara Municipal em escrutínio secreto. A História registra que o Legislativo municipal elegeu Pedro Ernesto.

2 MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1957, p. 119.

3 Idem, *ibidem*, p. 122.

4 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Ed. Freitas Bastos, 1948, Vol. I, p. 364, § 235.

5 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1956, Vol. I, p. 329.

Parecia que a autonomia política chegara ao Rio de Janeiro. Mas, dia 10 de novembro de 1937, o exército fechou o Congresso e extinguiu os partidos políticos. Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, redigiu uma constituição draconiana, conhecida por "Palaca". Sob sua égide, a situação política do Distrito Federal desceu a níveis sem precedentes, passando seu prefeito a ser nomeado pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, e demissível *ad nutum* (art. 30).

Em 1945, desabou a ditadura e, na Constituinte de 1946, a velha idéia autonomista ressurgiu. Só que não vingou para o Poder Executivo. Segundo Pontes de Miranda, "o prefeito não é eleito, é nomeado, no que a Constituição de 1946 se afastou dos reclamos da população do Rio de Janeiro, vitoriosos em 1934 e postergados em 1937"⁶

A Emenda n.º 2, de 3 de julho de 1956, concedeu ao Distrito Federal o direito de eleger diretamente o seu Prefeito (art. 1.º), tendo sido a primeira eleição marcada para outubro de 1960, juntamente com a de Presidente da República (parágrafo único do art. 1.º). Entretanto, essa Emenda não chegou a ser aplicada, uma vez que a mudança da Capital do País para o Planalto Central ocorreu antes da data estipulada para a eleição.

Num flagrante desrespeito à hierarquia das normas jurídicas, a Lei n.º 3.751, de 13 de abril de 1960, desconsiderou a Emenda Constitucional n.º 2/56, estabelecendo um retrocesso político com relação ao Prefeito do Distrito Federal, que voltou a ser nomeado pelo Presidente da República e demissível *ad nutum* (§§ 1.º e 2.º do art. 19). Somente cerca de quinze meses após a publicação da referida Lei, a Emenda Constitucional n.º 3, de 8 de junho de 1961, ratificou os seus termos (art. 2.º).

Israel Pinheiro da Silva, mineiro de Caeté, foi o primeiro Prefeito do Distrito Federal após sua mudança para o Planalto Central, tendo sido designado dia 17 e tomado posse em 21 de abril de 1960, data da inauguração de Brasília.

A Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, no § 2.º do art. 17, manteve a denominação de Prefeito do Distrito Federal mas a Emenda Constitucional n.º 1/69, ao dar nova redação ao citado dispositivo, alterou-a para Governador.

Hélio Prates da Silveira, gaúcho de São Gabriel, foi o primeiro Governador do Distrito Federal, tendo sido designado dia 4 e tomado posse em 12 de novembro de 1969.

6 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 46*. Rio de Janeiro, Henrique Cahen Editor, 1947, Vol. I, p. 469. A Constituição de 1946 determinou a nomeação do Prefeito pelo Presidente da República (art. 26), após assentimento dado pelo Senado Federal ao nome por ele proposto (§ 1.º do art. 26).

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, determinou que a eleição do Governador e do Vice-Governador "coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual duração" (art. 32, § 2.º). E o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que, até que se efetivasse tal eleição, caberia ao Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, indicá-los (art. 16).

Joaquim Domingos Roriz, goiano de Luziânia, candidatou-se ao Governo do Distrito Federal. E foi eleito, em 3 de outubro de 1990, em primeiro turno, com 365.925 votos, o que representou 55% dos votos válidos. Em 1.º de janeiro de 1991 tomou posse como o primeiro Governador eleito no Distrito Federal.

3. *O Poder Legislativo do Distrito Federal*

Afonso Arinos relata que "a Câmara dos Deputados, em 1891, era francamente favorável à autonomia do Distrito Federal. (...) O Senado é que foi embaraço a que se organizasse a maior cidade do Brasil em termos democráticos, e isto em grande parte levado pelos preconceitos anticariocas que existiam no grande Quintino Bocaiúva, como na maior parte dos políticos fluminenses de então, os quais ainda sonhavam com uma hipotética restituição do Rio de Janeiro à velha Província fluminense"⁷. A Constituição de 1891 incluiu na competência privativa do Congresso Nacional a faculdade de "legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União" (art. 34, item 30). No ano seguinte, a primeira Lei Orgânica do Distrito Federal (Lei n.º 85, de 20 de setembro de 1892) criou o Conselho Municipal, composto de dez intendentos eleitos pelo povo, com funções orçamentárias e fiscalizadoras.

A Constituição de 1934, "apartando-se definitivamente da democracia liberal de 1891, instaurou no País a democracia social, facultando ao governo uma ampla intervenção no campo econômico"⁸. Ela estabeleceu que cabiam as funções deliberativas do Distrito Federal a uma Câmara Municipal eletiva, com 24 vereadores (arts. 15 e 4.º, parágrafo único das Disposições Transitórias). Mas durou pouco. Aos 10 de novembro de 1937, o Presidente Getúlio Vargas dissolveu o Congresso e outorgou ao País a Constituição do Estado Novo.

Segundo Paulino Jacques, "sob o regime da Carta de 1937, o Distrito Federal ficou em situação pior que em 1891, porque até o Conselho Municipal, que a monarquia adotara, foi suprimido, e os municípios tiveram cassado o direito de voto, visto como não podiam eleger representantes

⁷ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. Ob. cit., p. 135.

⁸ MALUF, Saíd. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1970, Vol. 2, p. 16.

para a Câmara, nem para o Senado. (...) A atividade legislativa era exercida pelo Conselho Federal"⁹, no que se referia aos interesses peculiares do Distrito Federal (arts. 53 e 30).

Pinto Ferreira descreve: "com a derrocada do fascismo internacional, em 1945, a crise das ditaduras direitistas internacionais se refletiu intensamente no País. (...) As eleições realizadas ao fim do ano deram a vitória ao General Eurico Gaspar Dutra"¹⁰. Nesse contexto, a nova Constituição, de 18 de setembro de 1946, prescreveu que o Distrito Federal teria "Câmara eleita pelo povo, com funções legislativas" (art. 26). A Emenda Constitucional n.º 2, de 3 de julho de 1956, acrescentou que os Vereadores seriam eleitos, por sufrágio direto, pelo período de quatro anos (art. 1.º).

A Lei n.º 3.751, de 13 de abril de 1960, estabeleceu que a Câmara seria composta de vinte vereadores (art. 6.º) e que as eleições teriam lugar, pela primeira vez, a 3 de outubro de 1962, por ocasião das realizadas para o Congresso Nacional (art. 41). Todavia, a Emenda Constitucional n.º 3, de 8 de junho de 1961, desconheceu a lei de 1960 preconizando em seu art. 3.º: "Compete ao Congresso Nacional fixar a data das primeiras eleições de representantes do Distrito Federal ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e à Câmara do Distrito Federal, e exercer, até que esta se instale, a função legislativa em todos os assuntos da competência do Distrito Federal".

A Câmara do Distrito Federal "nunca foi criada e o resultado é que durante alguns anos o Prefeito acumulou de fato as funções de Chefe do Poder Executivo e de legislador"¹¹. Para suprir essa lacuna, em 11 de julho de 1962, a Resolução n.º 17 do Senado criou a Comissão do Distrito Federal, como uma Comissão Permanente, composta de sete membros. Ela só foi instalada em 21 de março de 1963, quando foi eleito seu presidente o senador Lino de Mattos (PTN).

A Constituição do Brasil de 1967, bem como a Emenda Constitucional n.º 1/69, determinaram que: caberia ao Senado discutir e votar projetos de lei sobre matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da Administração do Distrito Federal (art. 17, § 1.º); e competiria privativamente ao Senado legislar para o Distrito Federal, segundo o disposto no § 1.º do art. 17, e nele exercer a fiscalização financeira e orçamentária com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas (art. 42, V).

9 JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 180.

10 FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 56.

11 GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. SECRETARIA DO GOVERNO. *O Distrito Federal e sua organização administrativa*. Brasília, Coordenação do Sistema de Modernização Administrativa do GDF, 1975, Vol. I, p. 8.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, dispôs que a eleição dos Deputados Distritais do Distrito Federal coincidiria com a dos Deputados Estaduais, para mandato de igual duração (art. 32, § 2.º). E o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que a competência da Câmara Legislativa do Distrito Federal, até sua instalação, seria exercida pelo Senado (art. 16, § 1.º).

A Resolução do Senado Federal n.º 157, de 1.º de novembro de 1988, estabeleceu normas para que o Senado exercesse a competência de Câmara Legislativa do Distrito Federal e aumentou o número de membros da Comissão do Distrito Federal para 21 senadores. Essa Comissão Permanente, que funcionou por 28 anos consecutivos, teve suas atividades encerradas na 24.ª Reunião (especial), realizada em 12 de dezembro de 1990 e presidida pelo senador Mauro Benevides.

A primeira eleição para a Câmara Legislativa ocorreu em 3 de outubro de 1990 e os Deputados Distritais tomaram posse em 1.º de janeiro de 1991, marco da autonomia legislativa do Distrito Federal.

4. *O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal*

A Constituição Republicana de 1891 relacionou, dentre as competências privativas do Congresso Nacional, “legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União” (art. 34, item 30). João Barbalho esclarece o significado de *demais serviços*: “além dos serviços propriamente federais, existem no Distrito Federal outros cuja administração ou inspeção a União toma a si, no interesse de uma melhor gestão, em vista do grande dispêndio que acarretam, por considerações de segurança pública ou por força de contrato preexistente à República”¹².

A Constituição de 1934 inseriu, entre as competências privativas da União, legislar sobre “divisão judiciária da União, do Distrito Federal e dos Territórios e organização dos juízos e Tribunais respectivos” (art. 5.º, XIX, b). Segundo Pontes de Miranda, “por divisão judiciária entendem-se a territorial e as demais, com que se reparte entre juízes a competência, isto é, *ratione materiae*, *ratione personae*, ou em razão do valor (alçada), ou como entenda o legislador local”¹³.

A Carta de 1937 incluiu entre as competências privativas da União o poder de legislar sobre a “divisão judiciária do Distrito Federal” (art.

12 BARBALHO, U. C. João. *Constituição Federal Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro, F. Brigulet e Cia. Editores, 1924, p. 185.

13 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, Ed. Guanabara, 1936, Tomo I, p. 232.

16, XXII) e a Constituição de 1946 dispôs que “a organização administrativa e a judiciária do Distrito Federal e dos Territórios regular-se-ão por lei federal” (art. 25).

A Lei n.º 3.754, de 14 de abril de 1960, determinou que “a administração da Justiça do Distrito Federal, a partir da transferência da Capital da União para Brasília, compete aos órgãos do Poder Judiciário com a colaboração de órgãos auxiliares instituídos em lei e pela forma nela prevista” (art. 1.º).

A Constituição do Brasil de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1/69 instituíram que “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária do Distrito Federal” (art. 17) e que compete à União legislar sobre a “organização administrativa e judiciária do Distrito Federal” (art. 8.º, XVII, f). José Afonso da Silva comentou: “o Judiciário do Distrito Federal é organizado por lei do Congresso Nacional... Não se trata de poder judiciário do Distrito Federal que, não tendo autonomia político-constitucional, não possui poderes governamentais”¹⁴

A Constituição de 1988 determinou que compete à União “organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal” (art. 21, XIII); que compete privativamente à União legislar sobre “organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes” (art. 22, XVII); que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre “organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal” (art. 48, IX).

Na Constituição de 1967, o Ministério Público era classificado como organismo situado na esfera do Poder Executivo. Pela de 1988, ele vem inserido em novo capítulo, “Das Funções Essenciais à Justiça”, no qual também inclui-se a Defensoria Pública, que não constava expressamente da Constituição anterior. Assim sendo, os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas passam a se situar no âmbito do Poder Judiciário sem, no entanto, serem órgãos desse poder.

Ao Congresso Nacional cabe dispor sobre a organização judiciária, Ministério Público e Defensoria Pública do Distrito Federal, o que não ocorre com os Estados, onde a elaboração de leis sobre tais matérias é de competência da Assembléia Legislativa.

5. *Nível Político na Federação e Autonomia do Distrito Federal*

A Constituição de 1891 estabelecia que “efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado” (parágrafo único do art. 3.º). Na Constituição de 1946, segundo Pedro Calmon, o

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, Vol. I, p. 194.

Distrito Federal era mais do que um Município e menos do que um Estado, não se confundindo com um ou outro, ou seja, era um Município com características próprias de Estado”¹⁵. “A Constituição de 1967 não deu qualquer autonomia ao Distrito Federal, nem qualquer representação no Congresso Nacional. (...) Sua condição quase se confunde com a dos Territórios”¹⁶. José Afonso da Silva argumenta que, na vigente Constituição, não se pode “identificar o Distrito Federal nem com o Estado-Membro nem com o Município; de qualquer sorte, também não se pode confundi-lo com um ente autárquico como ele já foi tido no regime constitucional anterior”¹⁷.

Houve avanços e retrocessos na prerrogativa dos habitantes do Distrito Federal elegerem seus representantes políticos junto ao Congresso Nacional. As Constituições de 1891 (arts. 28 e 30) e de 1934 (arts. 23 e 89) incluíam o Distrito Federal entre as unidades da Federação que elegiam Deputados Federais e Senadores. A Carta de 1937 cassou o direito de voto dos eleitores do Distrito Federal, uma vez que não podiam eleger representantes para a Câmara, nem para o Senado (arts. 48 e 50). A Constituição de 1946 restabeleceu a representação do Distrito Federal no Congresso Nacional (arts. 56 e 60), mas a de 1967 eliminou-a novamente. A Emenda Constitucional n.º 25, de 15 de maio de 1985, mudou na Constituição de 1967 os artigos 39 e 41, determinando que a primeira representação do Distrito Federal seria composta de oito Deputados e três Senadores eleitos em 15 de novembro de 1986. A Constituição de 1988 assegurou-a definitivamente (arts. 45 e 46), garantindo ao Distrito Federal tratamento equivalente ao de Estado.

Há outros aspectos em que a vigente Constituição equipara o Distrito a Estado: ao permitir-lhe eleger o governador e os deputados distritais, bem como ao conceder-lhe competência para criar sua Norma Básica.

O único Tribunal de Contas em nível municipal é o do Município de São Paulo, instalado a 16 de janeiro de 1969. A Emenda Constitucional n.º 1/69 estabeleceu restrições à criação de Tribunais de Contas municipais, determinando que só poderão instituí-los “os Municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros” (art. 16, § 3.º). E a Constituição de 1988 vedou “a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais” (art. 31, § 4.º). Por outro lado, é praxe a criação de Tribunais de Contas em nível estadual.

15 CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro* (Constituição de 1946). Rio de Janeiro, Livraria Ed. Fretas Bastos, 1947, p. 106.

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1972, Vol. 1, p. 165.

17 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 145.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, criado pela Lei n.º 3.751, de 13 de abril de 1960, foi instalado a 15 de setembro do mesmo ano. Verifica-se que, mais uma vez, o Distrito Federal recebeu tratamento equivalente ao de Estado.

Ao analista menos avisado pode parecer apenas um problema de semântica ou questionamento sobre se essa unidade da Federação equivale a um Estado ou a um Município. Não resta a menor dúvida que deve haver uma coerência terminológica em assunto de tal magnitude. Se o Distrito Federal tem equivalência com Estado, é um erro denominar-se seu Poder Legislativo de *Câmara* e sua Norma Básica de *Lei Orgânica*. Em sendo equiparado a Município, não há respaldo jurídico para que o seu principal executivo seja intitulado *Governador*.

Há prejuízos efetivos pelo fato do Distrito Federal não gozar de sua autonomia plena, que podem ser observados até no processo de emenda à Constituição Federal. Reza a nossa Carta Magna que ela pode ser emendada mediante proposta "de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação" (art. 60, III). Assim sendo, nossa Câmara Distrital pode deflagrar um movimento junto às Assembléias Legislativas dos Estados para modificar dispositivos constitucionais, mas não pode participar formalmente desse movimento.

É de todo inaceitável e castrativa a vedação constitucional de divisão do Distrito Federal em Municípios (art. 32). Esse dispositivo surgiu no Anteprojeto da Comissão da Organização do Estado na Assembléia Nacional Constituinte, aprovado na reunião de 12 de junho de 1987¹⁸. Rege a Constituição atual que "a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios (...) far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas" (art. 18, § 4.º). Se o Distrito Federal equipara-se a um Estado, esta deveria ser uma questão afeta à sua autonomia decisória.

A Constituição de 1988 estabeleceu a competência da União para legislar, organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal. O Senador Maurício Correa incluiu-se entre os que discordam do texto constitucional, tendo apresentado emenda, para modificá-lo, à Comissão da Organização do Estado na Assembléia Nacional Constituinte, com a seguinte justificativa: "estamos pedindo o reconhecimento da autonomia plena para o Distrito Federal,

18 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO. *Anteprojeto das Comissões Temáticas*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, junho/87, p. 8. A Comissão da Organização do Estado foi presidida por José Thomaz Nonó, e José Rícha foi o relator do anteprojeto, que no art. 21, § 3.º, prescreveu: "Lei Orgânica (...) disporá sobre a organização dos Poderes Legislativo e Executivo, vedada a divisão em Municípios".

acrescentando na redação do anteprojeto a autonomia judiciária”¹⁹. A emenda não foi acolhida.

A União detém a competência para “organizar e manter (...) a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal” (Constituição Federal de 1988, art. 21, XIV). Lei federal disporá sobre a utilização pelo Governo do Distrito Federal “das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar” (art. 32, § 4.º), enquanto isso, no que se refere aos Estados, a competência da União está limitada a normas gerais (art. 22, XXI). O constituinte Valmir Campelo apresentou a Emenda 200.179-9 à Comissão da Organização do Estado na Assembléia Nacional Constituinte, com o seguinte teor: “cabe ao Distrito Federal organizar e manter a sua Polícia Militar e seu Corpo de Bombeiros”, tendo a mesma sido rejeitada.

No aspecto tributário, o Distrito Federal tem poderes que aos Estados não são facultados. A Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe competência tributária igual à dos Estados (art. 155) e dos Municípios, uma vez que absorveu as competências legislativas destes (§ 1.º do art. 32 e art. 156). Demais disso, participa com os Estados (arts. 157 e 159, I, *a*) e Municípios (art. 159, I, *b*) da repartição das receitas tributárias.

Segundo o Deputado Salviano Guimarães, Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, “a impossibilidade do Distrito Federal se dividir em Municípios subtrai o equivalente a 10% da arrecadação, como parte do rateio do Fundo de Participação dos Municípios, que seria devido para as regiões administrativas como Taguatinga, Ceilândia, Gama, Planaltina, etc., com muito mais população, do que muitos Municípios brasileiros”²⁰.

6. Conclusão

O legislador constituinte entendeu necessária uma avaliação dos efeitos da Constituição da República Federativa do Brasil no plano concreto, prevendo uma revisão constitucional a ser realizada após 5 de outubro de 1993 (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 3.º). Mas isto não obsta sua revisão a qualquer tempo, através do processo legislativo de emenda à Constituição (CF, art. 60).

Configura-se o momento, portanto, como dos mais oportunos para repensar uma das questões surgidas no Império e, até hoje, não equacionada de maneira satisfatória: o grau de autonomia que deve ter o Distrito Federal. Este trabalho espera ter contribuído para provocar algumas reflexões sobre o assunto.

19 ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Emendas oferecidas à Comissão da Organização do Estado*. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, Junho/87, p. 17, Emenda nº 200.048-8.

20 GUIMARÃES, Salviano. *Discurso de encerramento do 1.º semestre do período legislativo de 1992*. Câmara Legislativa do Distrito Federal, mimeo., 30-8-92, pp. 3 e 4.

A Constituição de 1988 e os Municípios Brasileiros

DIETER BRÜHL

Prof. da Universidade de Oldenburg, Alemanha. Ex-Prof. Visitante da UFC

No dia 5 de outubro de 1988 foi promulgada no Brasil uma nova Constituição. Um dos propósitos expostos nesta Carta Magna é a descentralização e a redistribuição do poder estatal enquanto o presidencialismo como sistema de governo permitir. Isto significa, entre outros aspectos, que a autonomia política e administrativa dos Municípios se tornará mais extensa em relação à Federação e aos Estados-Membros, se comparada à situação anterior. Para realizar este propósito, a Constituição estabeleceu algumas bases jurídicas, onde se coloca a autonomia dos Municípios na ordem administrativa política do País ao mesmo nível que o Distrito Federal e os Estados-Membros. BONAVIDES salienta o caráter inovador deste regulamento quando lembra que “não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do nosso modelo implantado no País com a Carta de 1988...”¹

Portanto, defendemos a tese a seguir de que a nova posição constitucional dos Municípios no sistema do Estado brasileiro não pretende, simples e unicamente, conferir o desejo de um melhoramento essencial da administração do País, basicamente intrincado e subdesenvolvido infra-estruturalmente, mas de dimensões continentais. O sentido destes novos dispositivos está muito mais em assegurar, através da nova organização do Estado, *um fundamento para uma profunda democratização da sociedade brasileira*. O fato de que isto significa, como será evidenciado mais tarde, uma “ampliação” do Estado, parece-me contrapor à conjuntura das concepções neoliberais de Estado, porém se explica por algumas especificidades da sociedade brasileira, sobre as quais discorreremos no que se segue.

¹ BONAVIDES, Paulo. *A Autonomia Municipal — Uma das Garantias Institucionais da Constituição de 1988*, parecer solicitado pela Associação dos Prefeitos do Ceará, s. d., p. 4.

Os Municípios representam, administrativa e politicamente, o nível mais inferior do Estado brasileiro. Via de regra, o Município se compõe de um “ponto centralizador” ou de uma cidade e da área de circunferência administrada em conjunto, a qual é, adicionalmente, subdividida em distritos. Os limites de um Município orientam-se nas assim chamadas microrregiões que representam as menores unidades estatísticas de um Estado-Membro. A relação populacional e de superfície entre o “ponto centralizador” e sua respectiva área de circunferência pode ser totalmente diversa: na hinterlândia os Municípios são, normalmente, compostos por extensas terras e pequenos “pontos centralizadores”, respectivamente, cidades com uma população cujos núcleos são altamente descentralizados. Quanto maior a cidade, tanto mais ele se transforma em uma inchação populacional do Município, i. é., a maior parte da população concentra-se aqui; um exemplo extremo relacionado a isso é a cidade de Fortaleza, no Ceará, onde a Região Metropolitana é, praticamente, igual ao seu Município.

Surgem assim situações básicas muito distintas relacionadas aos Municípios. Este fato se torna acentuado através das profundas diferenças econômicas das regiões, nas quais se situam os Municípios; regiões urbanas indicam, via de regra, mais indústrias e comércio, enquanto nas regiões rurais, principalmente no Nordeste, predomina uma economia esparsa baseada numa agricultura que pouco produz. Naturalmente existem no Brasil estabelecimentos agrícolas que são altamente produtivos e que podem aumentar a riqueza de uma região — o que, normalmente, é mais a exceção que a regra. Acrescente-se a isso que grande parte desta riqueza raramente contribui para a melhoria do bem-estar da população rural, e sim será transferida para a vida econômica mais rentável das regiões urbanas, principalmente em se tratando do Sul industrializado.

Isto não significa, necessariamente, que o poder político deriva, unicamente, das predisposições sócio-econômicas. O não-raro caráter arcáico-patriarcal das estruturas e relações sociais no País devem ser considerados na análise do poder político de um Município. Aqui o poder político provém, quase sempre, do seio de famílias tradicionalmente poderosas, cuja riqueza econômica, com frequência, pertence ao passado, mas que estão em condições de desempenhar “poder” devido às relações sociais tradicionais. Nas localidades mais remotas, a lealdade ao, ou, simplesmente, a dependência do dono da terra é o pressuposto para as dependências políticas importadas que podem significar poder político.

Conforme o exposto, fica claro que o propósito de descentralização da Constituição Brasileira se tornou uma difícil tarefa, frente aos problemas sérios que esperam uma solução, sobretudo por se ter colocado, pela primeira vez nas condições brasileiras, os Municípios no mesmo patamar,

referente aos direitos constitucionais, que a União e os Estados. Esta situação permite, exclusivamente, uma diferenciação funcional em relação às obrigações e direitos da União, dos Estados e dos Municípios. Não é possível, a partir de direitos contidos na Constituição, que a União ou um Estado governem de fora para dentro do Município². A impressão que se estabelece é que a nova distribuição do poder administrativo-político, a qual a Constituição efetuou, contraria muitos interesses de poder políticos e econômicos e, conseqüentemente, ainda deverá se impor na estrutura política e social do País, que tem muitas dificuldades de sobreviver com as novas predisposições da Constituição de 1988. A cultura política do País é definida por duas esferas de poder, aparentemente um tanto contraditórias: de um lado, um sistema presidencial centralizador e, sobretudo, personalisticamente orientado e do outro, o poder local (com forte tendência descentralizadora) dos grupos particulares, respectivamente, os clãs familiares.

Era possível distinguir até agora ao nível dos Municípios, principalmente, como realidade sociológica perceptível, uma falta de definição ou, respectivamente, um vácuo do poder estatal que, normalmente, foi e está sendo preenchido até hoje pelo poder local, i.é., pelos interesses particulares dos grupos dominantes de senhorio. Este fenômeno se explica quando se leva em conta que, no Brasil, é ainda muitas vezes percebido o encontro — de acordo com MAX WEBER — de ordens tradicionais, como tais, formalmente instituídas (*gesetzter*)³. O poder estadual encontra seu limite, muitas vezes, na esfera dos Municípios, onde as estruturas de senhorio, tradicionalmente confirmadas, exigem seus tributos. O conceito “poder local” caracteriza assim o exercício, pelas elites regionais tradicionais, de um domínio não legitimado e não controlado, proporcionado a um contexto que, na realidade, seria acessível para o poder estatal, oriundo da vontade do povo.

II

Em conseqüência desta argumentação, é necessário questionar a origem histórica e social do “poder local”, quer dizer, daquele que predomina tradicionalmente nos Municípios. Apesar de, no Brasil, ser o “poder local” também compreendido como expressão de poder do Estado capitalista e, portanto, apresenta indícios capitalistas, a análise histórica leva a aspectos que constituem as especificidades das relações de poder nas comunidades brasileiras. Do ponto de vista histórico, o poder do Estado se une,

2 Ver para isso o parecer já citado de Paulo Bonavides, relativo à nova Constituição do Estado do Ceará, a qual — entre outros aspectos — interfere na soberania financeira dos Municípios. Esse parecer foi solicitado pela “Associação dos Prefeitos do Ceará”. Bonavides conclui que, em virtude desta tendência intervencionista, muitas disposições da nova Constituição do Estado não comungam com a Constituição de 1988.

3 Para esta diferenciação ver WEBER, Max, *Soziologische Grundbegriffe*, Tübingen 1984, pp. 78 ss.

no nível local, há muito tempo, i.é., desde o surgimento de um sistema estatal autônomo brasileiro, ao "poder local" dos latifundiários. A República brasileira representou um compromisso político entre elites econômicas, com tendências centralizadoras e aspirantes à modernização administrativa e econômica do Brasil do século XIX, e as tradicionais famílias senhoriais nas regiões descentralizadas do Brasil⁴. Isto significa que o Estado republicano entregou, na sua base, sua função de ordem às elites sociais, cuja autoridade de poder deriva-se apenas de tradições coloniais, sendo assim distantes de qualquer espírito republicano, definidas pelo fato de terem colonizado e assenhoriado imensas propriedades de terra.

Já no Brasil colonial pré-capitalista, as chamadas Câmaras Municipais eram controladas pelos latifundiários. Desde aquela época elas apresentavam uma considerável plenitude de poder, que já abrangia a administração, a jurisdição, a legislação e a polícia⁵. Esse poder, entretanto, pertencia aos latifundiários que se serviram dessas instituições para equiparar os conflitos de interesses entre as famílias do senhorio e satisfazer suas tributações perante a Coroa Portuguesa. Além disso, elas garantiam o sistema de trabalho e de dominação de suas propriedades dispersas e asseguravam sua coesão social.

Neste ponto tal situação não estabeleceu qualquer autonomia municipal no sentido de associações livremente eleitas que poderiam representar, autonomamente, os interesses da totalidade dos cidadãos, ou seja, a vontade do povo. Os Municípios, respectivamente, as comunidades eram submissos a uma estrutura não legitimada de poder que se mostrava como a expressão das relações de poder nos termos das estruturas sócio-econômicas predominantes e, mais ainda, caracterizava a dependência da Colônia em relação ao domínio colonial português. Nos Municípios continuava valendo apenas aquilo que, genericamente, valia na sociedade. As famílias dos latifundiários preocupavam-se com a garantia de poder estabelecer em suas mediações, definidas através de suas propriedades de terras, ao seu bel-prazer, suas áreas de influência e dominação. Isto que existia como estruturas de poder estatais e centralizadoras ou aquilo que, com a instauração do republicanismo, no último terço do século XIX, tentou se estender como idéia de Estado moderno, deveriam ser impedidos de governar para dentro da zona imediata de poder das grandes famílias patriarcais. Ao contrário, estes tentam utilizar seu poder local com o fim de abranger suas influências na esfera da administração do Estado centralizador e na grande política.

⁴ Ver para isto BRÜHL, Dieter, "A Terra era Nossa Vida. Armut und Familie" in *Nordostbrasilien*, Frankfurt, 1989, especificamente cap. III, pp. 83 ss.

⁵ A polícia recrutava para si, na maioria dos casos, os jagunços e pistoleiros dos próprios clãs familiares patriarcais, os quais, algumas vezes, chegaram a números consideráveis. As famílias Monte e Feltosa do Ceará, por exemplo, tiveram, temporariamente, até cerca de 2.000 homens armados. (Ver Brühl, *op. cit.*, p. 91.)

III

Portanto, as instituições do poder local não eram democraticamente ocupadas, e sim o domínio da camada dominante dos proprietários de terras. O poder local orientava-se, neste caso, nas características de uma sociedade tradicional e predominantemente rural: as relações de poder manifestam domínio e dependência pessoal, no sentido pleno do tipo preponderante de sistema da sociedade rural, o Sistema Social da Fazenda.

Este modelo social está caracterizado pelas estruturas patriarcais-clientelistas que não se resumem às instituições do Estado. Observe-se que mesmo a tradição burocrática está sendo induzida por visões patrimonialistas arraigadas nas práticas clientelistas⁶. Isto se mostra, até hoje, bastante "eficiente" na hora das eleições: os direitos de livre escolha de seus representantes são, de fato, suspensos ou passam a ser uma mera farsa para o eleitorado da hinterlândia, em sua maioria analfabetos, e o "dono" indica a seus parceiros e moradores, absolutamente dependentes, em quem eles devem votar. Estes "conselhos", quase sempre acompanhados de uma mistura de minúculos benefícios (que são grandes para aqueles que vivem à margem da sobrevivência) e de ameaças abertas ou subentendidas (mas decodificáveis para quem vive na cultura "patriarcal-patrimonial"), representam a "lei" no Sistema Social da Fazenda. Este sistema de mandar e obedecer funciona na base da lealdade nas relações pessoais entre o dono das terras e seus dependentes trabalhadores, parceiros e moradores⁷. Dessa situação deriva, essencialmente, o fato de que as alianças políticas no Brasil até hoje, em sua maioria, não representam entendimentos na base de compromissos políticos dos partidos, mas sim a barganha de interesses entre os latifundiários mais potentes, incluindo os respectivos clãs de famílias, e os "seus" políticos e partidos nas regiões do País.

O "Poder Local", neste caso, significa pura e simplesmente a divisão do poder, da influência, do controle e dos meios financeiros do Estado entre poucas famílias de grande propriedade e senhoriais. Esta situação predomina no Nordeste, mas não somente lá. Nas regiões mais industrializadas do Sul, esta estrutura se encontra, com ceheza, penetrada pelo poder do capital anônimo. Contudo, constata-se aqui também uma predominância do tipo de domínio personalizado.

Na realidade, no Brasil, a Fazenda é a expressão do modelo oligárquico predominante cujo raio de influência sobre a sociedade brasileira se estende muito além dos setores rurais. A sociedade brasileira, conforme a opinião de Darcy Ribeiro, originou-se, em sua totalidade, no Sistema Social da Fazenda. "Embora outros modelos ordenadores aparecessem depois —

6 Ver FACRO, R. *Os Donos do Poder*, 2 vols., Porto Alegre, 1984.

7 Ver p. e. PEREIRA DE QUEIROZ, Maria Isaura. *Cultura, Sociedade Rural, Sociedade Urbana no Brasil*. Rio de Janeiro, 1979, p. 25 e Brühl, *op. cit.*, pp. 88 ss.

com os núcleos urbanos fundados na fábrica, no serviço — disputando a antiga área de poder hegemônico é ainda a fazenda o núcleo de força determinante do destino da imensa maioria dos brasileiros... A expressão mais eloqüente do seu poderio está provavelmente na sua espantosa longevidade, capaz de sobreviver por quatro séculos e de persistir, mesmo quando visivelmente obsoleta e só apta a operar como limitadora essencial do padrão de vida do povo e da grandeza da nação”⁸. A Fazenda era o modelo social e, ao mesmo tempo, econômico pelo qual se realizou a apropriação colonial do Brasil. Para os colonizadores portugueses, ela se desenvolveu como instrumento apropriado que permitia adaptar o processo colonizador ao tamanho continental da colônia brasileira. Problemas como a administração colonial absolutamente descentralizada, a concentração excessiva da posse da terra e a povoação extremamente dispersa foram relacionados funcionalmente pela Fazenda na qual a unidade de produção e um sistema de poder baseado na autoridade patriarcal se viram unificados em um sistema social poderoso, a Fazenda⁹. O resultado deste procedimento foi que as Fazendas se desenvolveram como verdadeiros centros de poder da sociedade brasileira. Fundamentou-se assim o fato de que o Brasil passou a se organizar como uma sociedade do tipo patriarcal-patrimonial, na qual “... as relações de caráter pessoal assumiam lugar de vital importância”¹⁰.

O sistema latifundiário voltado para o mercado externo e a estrutura social fundada na família patriarcal, como Mesquita resume¹¹, parecem ser, ainda hoje, as características elementares da vida social e particular e formam assim os entraves essenciais à modernização do País.

O poder central estatal evidenciou-se no processo de criação da autonomia da nação brasileira, frente a esta constelação do poder rural descentralizador, como instável e de segunda importância — ele era, por fim, um poder adaptado, oriundo de um império decadente colonialista: Portugal. O crescimento do poder econômico da Colônia — significa, antes de tudo, o aumento do poder dos proprietários de fazendas que dominam a economia do Município, pois aqui é produzida a riqueza do Brasil — fez ressuscitar a resistência à regência da Coroa Portuguesa. Esta resistência era, ao mesmo tempo, a dos poderes locais, que, desde muito tempo, viam na veleidade do poder de um Estado centralizador a ameaça de alguns interesses econômicos e privilégios próprios. Enquanto o Brasil era um mero apêndice da Coroa Portuguesa, os latifundiários eram os únicos que lucravam com esta dependência. Com o advento do repu-

8 RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a Civilização*. Petrópolis, 1977, p. 237.

9 Ver CASTELO BRANCO, Lúcio. *Staat, Raum un Macht in Brasilien*. München, 1983, pp. 211 s.

10 DE MESQUITA, Eni. “Uma Contribuição ao Estudo da Estrutura Familiar em São Paulo durante o Período Colonial: A Família Agregada em Itu de 1780 a 1830”, in *Revista Histórica* (1976) 53, p. 37.

11 Id. *op. cit.*, p. 35.

blicanismo no âmbito das novas elites, orientadas para pensar em categorias econômicas avançadas e ideologicamente ligadas ao industrialismo, evidenciou-se um considerável perigo para o *status* das oligarquias rurais. Estas deveriam ver uma ameaça não só de seus interesses em um Estado que representava os interesses capitalistas da burguesia industrial nascente como também um outro tipo de ameaça à modernização da economia, da sociedade e do Estado (que neste caso, como *República, deveria aumentar* o poderio do Estado centralizador). Até hoje a reação destas elites continua a mesma, i. é., com uma certa visão premonitória, elas preferem cooptar o novo em vez de lutar abertamente contra ele.

IV

A Constituição Municipal Brasileira, aliás, sempre foi uma expressão da contraditoriedade do desenvolvimento social do Brasil; isto não mudou também depois da Constituição de outubro de 1988. Tomamos em consideração as observações referentes ao fato de que o poder local dos latifundiários determina a execução do poder nos Municípios e cidades: aparentemente as modificações introduzidas pela nova Constituição significam uma confirmação, quando não um reforço desta situação. A tendência de tais mudanças dirige-se a uma descentralização das esferas de influências essenciais do Estado centralizador como a educação, a saúde, a receita etc., que, de certo modo, compartilha com os interesses das elites rurais.

Por outro lado, deve ser ressaltada a *tendência mais elementar da renovação constitucional do Brasil*, que é a de desenvolver, finalmente, as instituições representativas-democráticas até o nível básico das comunidades e de submetê-las a um controle constitucional, até certo ponto, impessoal. Pois a reforma da Carta Magna só pode ser compreendida, no âmbito das intenções democratizantes, após a desestruturação da ditadura militar. Este contexto poderia evitar — pelo menos a longo prazo — que ela caia com facilidade nas mãos dos interesses particulares e pré-democráticos, que, anteriormente, foram caracterizados como elementos essenciais do poder local tradicional do Brasil. Acrescente-se a isto que a municipalização do poder estatal atinge questões centrais das democracias modernas. Elas, formuladas já em 1954 por FRANZ NEUMANN, consistem na articulação de como as grandes massas poderiam ter uma participação mais efetiva na execução do poder na democracia, que o sistema partidário na democracia representativa permite¹². Os defeitos deste processo provocaram, em vários Estados democráticos, uma tendência à elitização e à oligarquização do poder político. A ampliação do poder na base da

12 NEUMANN, Franz. *Demokratischer und autoritärer Staat*. Frankfurt am Main 1967, p. 94. NEUMANN escreve neste contexto: "O problema da democracia moderna consiste menos na limitação do poder político que na sua aplicação razoável e em sua necessidade de possibilitar a participação efetiva das massas."

sociedade, ou seja, nos Municípios¹³, poderia representar, neste contexto, uma perspectiva.

Os instrumentos decisivos para fortificar os órgãos constitucionais dos Municípios contra os grupos poderosos locais e particulares consistem em duas orientações elementares da nova Constituição: a) a concessão da ampla independência financeira dos níveis de decisão estadual e federal; e b) o fortalecimento dos órgãos autogestores, eleitos democraticamente. A nova Constituição providencia, em relação a este assunto, as seguintes regulamentações: no seu artigo 18 é declarada a autonomia básica dos Municípios no âmbito da Constituição. Enquanto a Constituição de 1967 definiu a organização do Estado Brasileiro da seguinte maneira (art. 1.º): “O Brasil é uma República Federativa... pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”¹⁴, os Municípios não sendo incluídos; a Constituição de 1988 compreende os Municípios nesta unidade constitutiva no art. 18 (no Cap. I da Constituição, que reza a organização político-administrativa do Estado): “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”¹⁵. A Constituição divide aqui o Estado em três níveis de igual valor, que lhes dá total autonomia no exercício de suas tarefas atribuídas. BONAVIDES menciona a “dimensão trilateral” do novo modelo federativo¹⁶.

Esta autonomia expressa-se no fato de que a Constituição atribui aos Estados e aos Municípios o poder de dar-se uma base constitucional na forma de Constituições Estaduais — em relação aos Estados-Membros — e Leis Orgânicas, no caso dos Municípios. Deve-se destacar que estas Leis Orgânicas precisam, para sua aprovação, de uma maioria qualificada de dois terços do Parlamento Municipal — um aspecto formal que sinalize seu caráter constitucional¹⁷. O artigo 18, em seu § 4.º, determina, de todo modo, que a criação, a fusão ou a dissolução de Municípios será regida por uma lei do respectivo Estado-Membro. Porém, isto só terá base legal se a população municipal houver externado sua vontade através de um plebiscito.

A mencionada nova autonomia dos Municípios, garantida pela Constituição, tem, não por último, conseqüências para a soberania fiscal das comunidades. Elas, por um lado, podem legislar por si próprias alguns impostos importantes e, por outro lado, têm o direito sobre parcelas fixas

13 Ver para isto a discussão concernente à municipalização do poder estatal em Bonavides, *op. cit.*, pp. 6 ss.

14 OLIVEIRA, Jamil Mattar de, *Legislação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro, 1987, p. 4.

15 OLIVEIRA, Juarez de (org.), *Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo, 1988, p. 18.

16 BONAVIDES, *op. cit.*, p. 3.

17 *Op. cit.*, p. 4.

dos impostos arrecadados centralmente. Isto dá para os Municípios mais autonomia no sentido de que já não dependem, nos seus projetos, de um consenso político com as administrações federal e estadual. Mediante essas atribuições limitou-se a eficácia de um importante instrumento de influência na vontade política dos Municípios. Antigamente os meios de financiamento eram concedidos conforme o comportamento oportuno dos prefeitos e deputados nas comunidades, e hoje existe, no mínimo, nos Municípios, a possibilidade de desenvolvimento autônomo.

Desta maneira, no futuro, poder-se-á impedir que ocorram, nos três níveis do Estado (União, Estados, Municípios), coalizões de interesses de poderosos grupos particulares para opor-se a qualquer processo de democratização e repartir entre si, ao seu bel-prazer, as esferas de interesses e influências — assim como, na história do Brasil, fora retratada, de modo inconfundível, a política interna brasileira. Nos seus pormenores, a Constituição, no art. 30, concede aos Municípios as seguintes competências (sempre respeitando os princípios das Constituições Federal e Estadual): (1) “legislar sobre assuntos locais”; (2) “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”; (3) “soberania financeira e fiscal, mas “sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes...”; (4) liberdade organizacional relativa à estrutura interna do Município (respeitando a legislação estadual); (5) organização e prestação de serviços públicos, especialmente em relação ao transporte coletivo; (6) “manter... programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental”; (7) “prestar... serviços de atendimento à saúde da população”; os pontos (6) e (7), sempre visando à “cooperação técnica e financeira da União e do Estado”; (8) promover “adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”; e (9) “a proteção do patrimônio histórico-cultural local...”¹⁸.

Os artigos 29-30 da Constituição de 1988, que rezam tarefas, direitos e obrigações dos Municípios, procuram dar conta da nova posição constitucional destes como a organização básica da população. Ao lado da concessão da ampla autonomia para os Municípios, procura-se destacar a posição de igualdade dos Parlamentos Municipais, das Câmaras Municipais. Como exemplo, cita-se a eleição direta do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores (art. 29, I), a concessão de disposições parecidas com a imunidade parlamentar para os Vereadores (art. 29, VI) e o direito de fixar, por decisão da Câmara Municipal, a remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores (art. 29, V).

V

De modo algum é imposto aos Municípios seguir os regulamentos das Constituições Estadual e Federal. A Constituição Federal encontrou uma

¹⁸ Ver OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 26.

lista de decisões básicas, as quais deveriam ser adaptadas, numa extensão relativamente grande, às condições dos Municípios para serem totalmente eficazes. Há uma certa esperança que isto tenha, como consequência, uma objetivação e uma autonomia dos fundamentos jurídicos da execução do poder estatal nos Municípios e ele, no futuro, seja progressivamente limitado à esfera de influência dos poderes locais e dos interesses particulares. Um processo que dependerá quase que exclusivamente da formação de um sistema de partidos democráticos que esteja em condições de constituir uma "antítese" em relação às tradicionais relações de poder associados, principalmente, aos Municípios rurais-agrícolas. Ainda mais, isto dependerá de, no Brasil, o poder central político, o Estado Federal, transformar-se em um sistema parlamentar de duas Câmaras onde o poder democrático descentralizado e a representação partidária se possam desdobrar. A Constituição introduziu, sem dúvida, um processo em que se começou a converter o poder administrativo, ou interesses particulares do poder coordenado, em poder político democraticamente legitimado. Com isso se iniciou um processo fundamental para o sistema social, o qual pode implantar, em um ponto estratégico decisivo, uma mudança significativa nas estruturas básicas políticas, sociais e econômicas. É claro que aqui os interesses contraditórios se chocarão entre si e não é dada qualquer garantia de que os fins da Constituição serão cumpridos.

Isto não é, sobretudo, um empreendimento fácil, pois a Constituição ainda adiou a resposta à pergunta sobre a forma adequada ao sistema político para estes fins. O sistema presidencialista, até hoje em vigor, favorece, antes de tudo, as relações de poder tradicionais dependentes dos clãs político-arcaicos, em que um Parlamento, formado por partidos políticos fracos, se defronta com um Presidente poderoso que com decretos excepcionais tem a capacidade de dominar o Legislativo em substância. Igualmente, a atual Segunda Câmara, o Senado, do sistema presidencial, não constitui qualquer corretivo para este poder, no qual, mais até do que na Câmara dos Deputados, o poder personalista e econômico-político domina a representação dos interesses de cada Estado Federal. Senadores e Deputados passaram a ser — principalmente após a última eleição — compreendidos muito mais como representantes das elites dominantes locais do que como delegados de partidos, democraticamente definidos, representando o seu Estado. Os partidos existentes são, muitas vezes, totalmente "desnaturados", para se configurarem como associações eleitoreiras, as quais são manipuladas, tornando-se dependentes das preferências ou inimizades políticas, econômicas ou personalistas, em favor de interesses particulares, de apadrinhamentos e até de perseguições. Fidelidade partidária é um jargão praticamente desconhecido dos políticos brasileiros.

Este mesmo esquema também funciona nos Municípios. Os prefeitos, sobretudo, passaram a ter, definitivamente, mais poder através das novas garantias da Constituição, dispondo agora de finanças bastante consideráveis.

Seria prematuro afirmar que não é registrado nos Municípios qualquer desenvolvimento social e democrático. Certamente é grave constatar que, no Ceará, dos Municípios que estão sob a competência do Tribunal de Contas, grande parte deles e de seus prefeitos é acusada de haver desfalcado os cofres públicos. Os jornais também sempre relatam que os prefeitos se aproveitaram de sua função para abusar política e economicamente das vantagens e bonificações. Além do mais, dá para perceber como as Câmaras Municipais reagem, com uma fraqueza politicamente surpreendente, aos atos irregulares dos prefeitos que às vezes atuam como príncipes absolutos. Assim se descobre a problemática do presidencialismo a nível dos Municípios.

Mais uma vez deve-se afirmar que a reforma na Constituição do Brasil é parte de um processo de democratização abrangente e radical que ainda se encontra em seu difícil começo. O mesmo é válido para a questão da reorganização do Estado que garante aos Municípios uma autogestão assegurada pela Constituição e o surgimento de um poder municipal autônomo e democraticamente controlado. BONAVIDES escreve: "Liberdade e democracia exercem inigualável influxo sobre a maior ou menor amplitude da autonomia municipal"¹⁹. Dever-se-ia acrescentar também a referência para com o "como" executar, com responsabilidade, com espírito democrático, e de um modo socialmente adequado, o poder municipal recentemente obtido. Para o Brasil vigora o processo de autonomia dos Municípios que pode ser — quando bem manuseado — um instrumento para estabilizar a liberdade e a democracia na sociedade brasileira. Enquanto a Constituição de 1988 preencheu, nos alicerces da sociedade brasileira, o vácuo do inexistente poder democraticamente legitimado, a mesma Carta Magna levou — em princípio — esses alicerces para uma execução descontrolada e não legitimada de poder, através de interesses seculares das elites poderosas. No entanto, questões constitucionais adquirem poder, principalmente, quando está em jogo a realização do caráter requisitador da Constituição em um ambiente social que, não raro, se opõe ao sentido das normas constitucionais.

Em último caso, é uma questão política que se coloca em pauta para cada cidadão, mas, principalmente, para as instituições que participam na formação da vontade política do povo, i. é., os partidos políticos. Porém para isto seriam necessários partidos políticos que se identificassem com o sentido substancial da Constituição e que definissem, em decorrência disso, sua ação política.

Torna-se necessário, especialmente, o cidadão emancipado, com capacidade para exercitar o moral e a política dos partidos e dos políticos; uma emancipação, até agora, colocada permanentemente em risco ou até

¹⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 2.

impedida de se desenvolver pelas características de extrema pobreza, tais como a fome, as doenças, o analfabetismo e a injustiça social. Como isso será possível em um país onde a grande maioria da população é precisamente identificada por estas “características” e no qual as elites a serem responsabilizadas por isso procuram satisfazer com — RIBEIRO RAMOS expressa — “um tratamento temperado de autoridade e amparo (com seus descendentes) . . . através do paternalismo e do compadrio”²⁰ e que passam a ver na Constituição um mero monte de papel escrito que pode ser, a qualquer hora, conforme vontades e interesses, reescrito? De que outra maneira poderia ser interpretado o fato de que o Presidente da República pretende submeter a Constituição, que ainda não completou três anos de existência, a uma “reforma” substancial?²¹

O caminho para o cumprimento da promessa da Constituição de garantir mais democracia, liberdade e justiça social onde se dá o cotidiano do brasileiro e onde ele se sente mais perto do Estado — pois é nos Municípios que os contrastes sociais são mais evidentes e que surge, basicamente, o poder das elites — será ainda muito longo e acidentado. Confirma-se, também no exemplo brasileiro, que a recente moda de falar no recuo do Estado (que é, aliás, muito parecida com a expressão marxista da “morte do Estado”) é uma faca de dois gumes que não necessariamente proporciona a liberdade e a emancipação do cidadão. A situação pré-estatal do poder nos Municípios brasileiros provocou, de certo modo, que o Estado passe a se desdobrar também neste lugar da sociedade; todavia, este Estado deve comprovar a sua “capacidade constitucional” (*Verfassungsfähigkeit*), pois ele seria assim, segundo STERN, a “condição de existência de duradoura sociabilidade (*Gemeinschaftlichkeit*)” e “refúgio da liberdade e segurança do indivíduo”²². A realidade política e social do Brasil deixa dúvidas em relação à hipótese mencionada no início. Por outro lado, a esperança é nutrida através do fato de o Brasil ter encontrado a força para, mediante uma Constituição moderna, que leva em consideração as experiências históricas, preparar o caminho para um futuro democrático, livre e socialmente mais justo. Neste rumo, a autonomia e a democratização dos Municípios possuem um papel significativo.

20 RIBEIRO, *op. cit.*, p. 243.

21 A Constituinte do Brasil, prevendo o surgimento do perigo decorrente desta mentalidade, dificultou a emenda constitucional de tal maneira que passou a exigir, no art. 60 da Constituição, uma maioria qualificada de três quintos dos votos dos respectivos membros em cada Casa do Congresso Nacional. Além disso, retirou partes da Constituição (a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais — ver art. 60, § 4º, I — IV) do processo de emendar a mesma.

22 STERN, Klaus. *Das Staat der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrecht, Strukturprinzipien der Verfassung*. München, 1964, 2 p. IX.

A Justiça Militar Estadual

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Coordenador e Professor de Direito Administrativo da Escola Paulista da Magistratura, Professor de Direito Administrativo da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Sócio Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Graus de jurisdição da Justiça Militar Estadual.* 3. *O Ministério Público Estadual e a Justiça Militar Estadual.* 4. *A Justiça Militar Estadual e a Polícia Militar.* 5. *O policial militar julgado pela Justiça Militar Estadual e/ou pela Justiça Criminal.* 6. *Conclusões.*

1. *Introdução*

Órgão do Poder Judiciário, a Justiça Militar Estadual está prevista no art. 125, § 4.º, da Constituição de 1988, a exemplo do que ocorreu com a Constituição de 1969 (art. 144, § 1.º, letra *d*) e na liberal Constituição de 1946 (art. 124, inciso XII).

Em outras palavras, a Justiça Militar Estadual é órgão jurisdicional do Poder Judiciário Estadual e não das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, embora os policiais militares e bombeiros militares por ela sejam julgados pelos crimes militares, como definidos em lei.

Ela existe em todos os Estados da Federação, com dignidade constitucional, como acima anotado.

Joseph Campbell, entrevistado por Bill Moyers, a propósito do *mito e o mundo moderno*¹, observou que “quando se torna juiz ou presidente dos Estados Unidos, um homem deixa de ser o que era e passa a ser o representante de uma função eterna; *deve sacrificar seus desejos pessoais e até mesmo suas possibilidades de vida em nome do papel que agora desempenha*”. Acrescenta, em seguida, que outro *ritual importante para a sociedade* diz respeito àquele que se alista como militar e veste um uniforme: “você — são suas as palavras — desiste de sua vida pessoal e aceita uma forma socialmente determinada de vida, *a serviço da sociedade de que você é membro*. Eis por que — finaliza — me parece obsceno julgar pessoas em termos da lei civil, por atos que elas praticam em tempo de guerra. *Elas não estavam agindo como indivíduos mas como agentes de algo acima delas, a que se haviam consagrado inteiramente*. Julgá-las como se fossem seres humanos comuns é totalmente impróprio”.

Essas observações se aplicam a todos aqueles que, como os policiais militares e bombeiros militares, doando-se, inclusive com o sacrifício da sua própria vida, à sociedade a que servem, pelas suas graves funções estatais, têm prerrogativas funcionais, que *não são privilégios pessoais*, sob pena de ficarem tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico, razão de terem normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos, como assevera Hely Lopes Meirelles, a propósito dos agentes políticos do Estado², que são aquelas pessoas físicas que exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais.

Os policiais militares e bombeiros militares têm, bem por isso, prerrogativas e responsabilidades próprias de preservação da ordem pública, como polícia ostensiva, como também as de defesa civil, estabelecidas na

1 CAMPBELL, Joseph e MOYERS, Bill. *O Poder do Mito*. Org. por Betty Sue Flowers, tradução de Carlos Felipe Moisés, Associação Palas Athena, Editora Palas Athena, São Paulo, 1ª ed., 1990, 5ª reimpressão, janeiro de 1993, pp. 12-13.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., 1992, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores, São Paulo, pp. 72-74.

Constituição Federal e em leis especiais, razão de, pelo menos desde a Constituição de 1946, como retro-anotado, serem julgados pelos seus crimes funcionais, ditos militares, pela Justiça Militar Estadual, dentro da estrutura e nos moldes que passo a discorrer.

2. *Graus de jurisdição da Justiça Militar Estadual*

A Justiça Militar Estadual tem dois graus de jurisdição a nível estadual.

No *primeiro grau* estão as Auditorias, presididas por Juiz Togado.

No Estado de São Paulo, por exemplo, esse Juiz, após concurso público de provas e títulos, é nomeado Juiz Auditor por ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do art. 96, inciso I, alínea c, da Constituição da República e art. 58 da Constituição Estadual. A Comissão de Concurso é integrada, também, por representante da Justiça Comum e pelo da Ordem dos Advogados do Brasil, isto é, por magistrado da Justiça Comum e por advogado. O *Diário de Justiça* do Estado de São Paulo publicou, em 3 de fevereiro de 1993, o ato do Desembargador Odyr Porto, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nomeando Lauro Ribeiro Escobar Júnior para o cargo de Juiz Auditor da 2.^a Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, em vaga decorrente da aposentadoria do Doutor Luiz Antônio Coutinho Maia, por ato dele próprio Presidente do Tribunal de Justiça Estadual e, assim, Chefe do Poder Judiciário local.

No *segundo grau de jurisdição*, só há três Tribunais de Justiça Militar instalados no Brasil. São os Tribunais de Justiça Militar dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo. A criação de Tribunal de Justiça Militar Estadual está, atualmente, condicionada à existência de um efetivo mínimo de vinte mil (20.000) integrantes da Polícia Militar da unidade federada (art. 125, § 3.º, da Constituição de 1988).

Nos demais Estados, o órgão de *segundo grau de jurisdição* é o próprio Tribunal de Justiça do Estado respectivo. Em outras palavras, na quase totalidade dos Estados, quem julga os recursos contra as decisões das Auditorias Militares são Desembargadores do Tribunal de Justiça respectivo e não os denominados Juizes de Tribunal de Justiça Militar Estadual, só existentes, repito, em Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, dado os efetivos de suas Polícias Militares.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo foi organizado pela Lei Estadual n.º 2.856, de 1937, tendo, portanto, mais de cinquenta anos de existência, precedendo, até mesmo, a criação dos Tribunais de Alçada do Estado, o pioneiro pela Lei Estadual n.º 1.162, de 1951. Não é, pois, criação do denominado "regime militar", como se alardeia.

3. O Ministério Público Estadual e a Justiça Militar Estadual

Os Promotores de Justiça e Procuradores de Justiça, que oficiam na Justiça Militar Estadual de primeiro e segundo graus de jurisdição, no Estado de São Paulo, *integram* os quadros do Ministério Público Estadual. Os que oficiam nas Auditorias Militares estão classificados em entrância especial, como titulares ou convocados, que é a mesma dos seus colegas Promotores de Justiça que oficiam nas Varas Criminais e, inclusive, nos Tribunais do Júri da Comarca de São Paulo. Eles são designados pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo para officiar perante a Justiça Militar Estadual.

O mesmo ocorre com os Procuradores de Justiça, identicamente designados pelo Procurador-Geral de Justiça para officiar perante o Tribunal de Justiça Militar, como ocorre com os seus colegas, Procuradores de Justiça designados para officiar perante o Tribunal de Justiça do Estado e os Tribunais de Alçada.

Os *inquéritos policiais-militares* — IPM, observo, não raras vezes têm o acompanhamento de membros do Ministério Público Estadual designados, a pedido das autoridades de polícia judiciária militar, pelo Procurador-Geral de Justiça. O Ministério Público Estadual, aliás, procede o *controle externo* das atividades de polícia judiciária militar desenvolvida pela Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar para apuração de condutas tidas como crimes militares. O *controle externo* do Ministério Público sobre essas atividades policiais está previsto no art. 129, inciso VII, da Constituição Federal vigente. Embora não o possa fazer, em face da ressalva do art. 144, § 4.º, da Constituição de 1988, é habitual a Polícia Civil instaurar, paralelamente, *inquérito policial comum*. Ele, ao depois, será apensado ao militar, a fim de possibilitar ao Ministério Público Estadual examinar tudo quanto foi apurado nessas peças informativas, pelos dois órgãos policiais estaduais, denunciando o policial militar ou bombeiro militar ou pedindo diligências complementares ou, ainda, o arquivamento dos inquéritos à Justiça Militar Estadual.

4. *A Justiça Militar Estadual e a Polícia Militar*

Os órgãos de comunicação e, recentemente, Caco Barcellos (*Rota 66*, Editora Globo, São Paulo, 1992, 274 páginas) têm atribuído à Justiça Militar do Estado de São Paulo o que chamam de violência da Polícia Militar. Segundo eles e seus seguidores, a Justiça Militar Estadual estaria sendo benevolente para com os policiais militares, por ser corporativista e classista, em que os julgadores são Oficiais da Polícia Militar, motivo pelo qual, aliás, “alguns parlamentares já anunciaram que pedirão sua extinção sumária, por ocasião da revisão constitucional, submetendo ao Judiciário os crimes praticados por policiais militares” (*Jornal da Tarde*, 4.ª-feira, 17-2-93, “A farsa do inquérito da PM”, p. 4).

Focalizei anteriormente que essa noção, por distorcida, não é verdadeira. *A Justiça Militar Estadual é órgão do Poder Judiciário Estadual*. Seus membros estão regularmente investidos da jurisdição criminal militar, pelo menos desde a democrática Constituição Federal de 1946. *O Ministério Público que nela oficia é o do Estado de São Paulo*.

Se o Promotor de Justiça não concordar com o que foi apurado nos inquéritos policiais, comum e militar, ele terá os meios legais para requerer à Justiça Militar Estadual as diligências devidas, podendo acompanhá-las no seu múnus constitucional de *controle externo* da atividade de polícia judiciária.

Denunciado o policial militar, se ocorrer a sua absolvição e com ela não concordar, o Promotor de Justiça, com certeza, nos moldes da lei processual militar, tem legitimidade para recorrer ao Tribunal de Justiça Militar Estadual (ou, em não havendo em outros Estados, ao respectivo Tribunal de Justiça). Se mantida a absolvição em segundo grau de jurisdição, isto é, no Tribunal de Justiça Militar, isso ensejará, é inofismável, ao Procurador de Justiça recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, que é a mesma Corte que julga recursos oriundos da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Poderá, até mesmo, haver eventual recurso ao Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional do Brasil.

A decisão final, em outras palavras, não se cinge ao Tribunal de Justiça Militar Estadual, órgão de segundo grau de jurisdição do Poder Judiciário Estadual, e sim ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo

Tribunal Federal, órgãos esses do Poder Judiciário e que não são, evidentemente, da denominada Justiça Castrense Estadual.

5. *O policial militar julgado pela Justiça Militar Estadual e/ou pela Justiça Criminal*

Bem por isso, ledo o engano de atribuir-se à Justiça Militar Estadual o que denominam de indevidas absolvições de policiais militares.

Tenho presente a situação que diz respeito ao hoje Deputado Estadual Roberval Conte Lopes Lima, o Capitão PM Conte Lopes, que integrou a Rota e a quem são atribuídas mais de cem mortes em confrontos com marginais. Lembro, técnica e juridicamente, que não é o fato do morto nunca ter tido passagem pela Polícia Civil ou pela Justiça Criminal que o torna inocente em um confronto com a Polícia Militar.

No caso específico do Capitão PM Conte Lopes, ao certo, ele foi absolvido pela Justiça Militar Estadual ou, então, por ela teve arquivados a requerimento do Ministério Público do Estado de São Paulo inquéritos policiais, militares ou não.

Eleito e diplomado Deputado Estadual, os processos penais militares que respondia perante a Justiça Militar Estadual, bem como os inquéritos policiais em andamento, militares ou não, foram remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão da regra de competência prevista no art. 54, inciso I, letra a, da revogada Constituição Paulista, repetida no art. 74, inciso I, da vigente Constituição.

O Órgão Especial da mais Alta Corte paulista é que tinha e tem a competência para julgar Deputados Estaduais. Referido Órgão Especial, esclareço, tem as funções de Plenário do Tribunal de Justiça e é integrado pelos vinte e cinco Desembargadores mais antigos dos cento e trinta e dois Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dos vinte e cinco, vinte são magistrados de carreira e cinco do denominado "Quinto Constitucional", este integrado por Advogados e membros de Ministério Público, com mais de dez anos de atividade profissional ou de carreira, com notório saber jurídico e reputação ilibada (art. 94 da Constituição de 1988).

São esses julgadores experientes, com anos e anos de diuturna distribuição de Justiça no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que *absolveram* Roberval Conte Lopes Lima e outros policiais militares que

participaram das missões em companhia dele. Repito, são Desembargadores com anos e anos de serviços prestados ao Poder Judiciário. Para ter-se uma idéia, após substituir em Tribunais desde o distante ano de 1974, ter sido Juiz Titular do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, fui promovido a Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 18 de maio de 1983 e ainda não integro, dez anos depois, o aludido Órgão Especial.

Eles foram absolvidos, por exemplo, na Denúncia n.º 7.483-0, de São Paulo, de que foi relator o Desembargador Cunha Camargo, atual Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na Denúncia n.º 7.405-0, de São Paulo, sendo relator o Desembargador Weiss de Andrade, ex-Diretor da Escola Paulista da Magistratura e atual Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, na Denúncia n.º 7.511-0, de São Paulo, de que foi relator o Desembargador Sabino Neto, atual 4.º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Presidente da sua Segunda Seção Civil.

Todas essas absolvições foram tomadas por votação unânime, reconhecendo-se o *estrito cumprimento do dever legal ou, então, a legítima defesa*.

Por atos dos respectivos relatores e a requerimento da Procuradoria-Geral de Justiça, Roberval Conte Lopes Lima e outros policiais militares que integraram as mesmas missões de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, igualmente, no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tiveram *arquivados* os processos criminais n.ºs 10.210-0, relator Desembargador Machado Araújo, 10.495-0, relator Desembargador Cunha Camargo, 10.299-0, relator Desembargador Dínio Garcia, ex-Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, e 10.496-0, relator Desembargador Milton Cocco.

Em todos esses *arquivamentos* reconheceu-se a nulidade das ações penais militares, instauradas na Justiça Militar Estadual, em razão da prerrogativa de função do Deputado Estadual Conte Lopes e, conseqüentemente, possibilitou-se o *arquivamento* dos autos por demonstrado *estrito cumprimento do dever legal ou, então, legítima defesa*, diante do que até então fora apurado nos inquéritos policiais, comum e militar.

Cabe, finalmente, salientar que os *crimes de abusos de autoridade*, previstos na Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, dentre os quais os atentados à *liberdade de locomoção e à incolumidade física do indivíduo*

(art. 3.º, letras *a* e *i*, da Lei de Abuso de Autoridade) não são da competência da Justiça Militar Estadual e sim da Justiça Criminal Estadual, quando praticados por policiais militares, conforme iterativa jurisprudência³.

6. Conclusões

Como se verifica, não se pode imputar à Justiça Militar Estadual, em especial a de São Paulo, o aumento do número de mortes nos confrontos da Polícia Militar com marginais, tenham eles passagens ou não pela Justiça, sejam primários ou não.

Os confrontos, em especial em uma megacidade como a de São Paulo, não são procurados e nem podem ser evitados pela Polícia Militar, a menos que esta, em detrimento da segurança do povo, não cumpra o seu múnus estatal de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, como previsto no art. 144, § 5.º, da Constituição de 1988.

Nesses confrontos não é legítimo pretender-se que, para justificar-se a morte do marginal, também deva haver baixa policial militar. Este recebe preparo para defender-se e o povo, no estrito cumprimento do dever legal.

A Justiça Militar Estadual vem cumprindo o seu múnus estatal de *órgão jurisdicional* do Poder Judiciário. Ela processa e julga os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, condenando-os ou absolvendo-os, conforme as provas produzidas, *nos autos*, pelo Ministério Público Estadual e pelo advogado de defesa.

Esses julgamentos, pelo que se verificou, não destoam daqueles que possam ter sido feitos e o foram pelos Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando chamados a processar e julgar os processos em que estavam envolvidos Roberval Conte Lopes Lima e outros policiais militares.

Não compete à Justiça Militar Estadual o processo e julgamento dos crimes por abuso de autoridade, previstos na Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965. A competência é da Justiça Criminal e, no Estado de São Paulo, o órgão recursal de segundo grau de jurisdição é o seu Tribunal de Alçada Criminal.

³ Acórdão unânime da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 5 de março de 1992, no Conflito de Competência n.º 2.686, do Rio Grande do Sul, relator Ministro José Dantas, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n.º 37, pp. 56-60.

A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei - "Unvereinbarkeitserklärung"- na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã *

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA (1990)

SUMÁRIO

1. Abreviaturas. 2. Introdução. 3. Distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e outras decisões semelhantes à Corte Constitucional Federal. 3.1. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o "apelo ao legislador". 3.2. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a sentença declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos. 3.3. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o controle judicial do direito alienígena. 4. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. 4.1. A exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade. 4.2. A omissão legislativa. 4.3. A liberdade de conformação do legislador. 4.4. O argumento sobre as consequências jurídicas da declaração de nulidade. 5. Consequências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. 5.1. Considerações preliminares. 5.2. Dever de legislar. 5.3. A suspensão de aplicação da norma inconstitucional (Anwendungssperre). 5.4. Aplicação da lei inconstitucional. 6. Bibliografia.

* Este trabalho integra a Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Münster — RFA (julho-1990) — *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, Berlim, 1991, Editora Duncker & Humblot. (O controle abstrato de normas perante a Corte Constitucional Federal Alemã perante o Supremo Tribunal no Brasil.)

1. Abreviaturas

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen</i> (Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão) — o primeiro número refere-se ao volume; o segundo, às páginas
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
BGBI.	Bundesgesetzblatt
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EUGrZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
FamRZ	Familienrechtszeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

2. Introdução

A Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal disciplina as decisões para cada tipo de processo. A decisão, todavia, não é determinada pelo tipo de processo, mas pelo objetivo visado. Nos processos de controle de norma propriamente ditos, tem a decisão a mesma natureza, independentemente de se tratar de uma decisão no processo de controle abstrato, concreto ou de processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). As decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no *Diário Oficial* e têm força de lei (*Gesetzeskraft*). (Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, § 31, (2)). Além da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, e da interpretação conforme a Constituição¹, utilizada já no começo de sua judicatura, desenvolveu o Tribunal outras variantes de decisão. Às vezes, reconhece o Tribunal que a situação é ainda constitucional ou não é “ainda inconstitucional” e vincula essa decisão com o “apelo ao legislador” para que, dentro de um determinado

1 BVerfGE 2, 266 (263).

prazo, proceda à correção dessa situação². Em outros casos, limita-se o Tribunal a reconhecer a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*)³. Esta última modalidade de decisão foi adotada pelo legislador em 1970 (Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, § 31, (2), 2.º e 3.º períodos, e § 79, (1))⁴.

Em nenhum sistema de controle de normas, seja ele incidental ou concentrado, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional Federal⁵.

Os problemas que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e a “decisão de apelo” devem resolver, foram há muito identificados na doutrina. Na literatura jurídica alemã do começo desse século pode-se constatar pelo menos uma tendência nesse sentido.

2 Cf. BVerfGE 7, 282; 16, 130; 21, 12 (42); 25, 167; cf. e outros Ipsen, *Rechtsfolgen*, p. 132; Zeidler, *EuGRZ*, 1988, p. 207 (210 s.); Pestalozza, “*Noch verfassungsmässige*”, vol. I, p. 520 (540); Schulte, *Martin, DVBl.* 1988, pp. 1200 s.

3 Cf., a propósito, BVerfGE 6, 246; 26, 163; 28, 227; 28, 324; 29, 58; 29, 71; 30, 227; 30, 292; 31, 1; 31, 229; 31, 275; 32, 173; 32, 199; 32, 365; 33, 90; 33, 106; 38, 2; 38, 41; 38, 61; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 48, 64; 48, 227; 48, 327; 55, 100 (112); 61, 43 (68); 65, 325 (357).

4 Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das BVerfG de 21-12-1970 (BGBl. I, p. 1765).

5 A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de discricão para dispor sobre as conseqüências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, VII, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, V e VII). Essa possibilidade de dispor sobre as conseqüências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no direito austríaco (cf. Korinek, Karl, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen VVDStRL* (Publicação da Associação Alemã dos Professores de Direito Público) nº 38, pp. 38/39; Oberndorfer, Peter, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, Europäische Grundrechtszeitschrift (EUGrZ)*, 1988, p. 193 (203). O modelo americano — restrito ao caso concreto — não se afigura compatível, em princípio, com essas novas técnicas de decisão. Todavia, em tempos mais recentes, pode-se identificar, nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos Tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas. Caso as autoridades legislativas ou administrativas não cumpram o estabelecido no julgado, os Tribunais podem assumir a responsabilidade pela execução do julgado. Essa jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos no Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial nas escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education* (347 US 483 (1954) e 439 US 294 (1955)) e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (ver *Bounds et al vs. Smith et al.*, 430 US 817; reproduzido, parcialmente, in: *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1977, pp. 509 s.) (cf. a propósito, Seibert, Helga, *Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, Bericht Über Vortrags- und Diskussionsabend der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung, Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1978, p. 384 (386).

Assim, sustentava Triepel, na famosa Conferência sobre a “natureza e o desenvolvimento da jurisdição estatal” (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*), que, quanto mais política fosse determinada questão submetida à jurisdição constitucional, mais pareceria inadequada a adoção de processo judicial ordinário⁶. “Quanto menos se falar de processo, de ação, de condenação e de cassação de atos estatais — ressaltava Triepel —, mais fácil será a resolução, na via judicial, das questões políticas, que, ao mesmo tempo, são questões jurídicas”⁷.

Quase simultaneamente sustentava Walter Jellinek que o conteúdo normativo do artigo 13, II, da Constituição de Weimar, deveria ser limitado, de modo que a Suprema Corte Alemã (*Reichsgericht*) somente deveria decidir com base nesse preceito se a pronúncia da nulidade da lei se mostrasse apta a resolver a questão⁸. Essa seria a hipótese se, em lugar da lei declarada inconstitucional ou nula, surgisse uma norma apta a preencher eventual lacuna do ordenamento jurídico. Do contrário, deveria o Tribunal abster-se de pronunciar a nulidade. Assim, não poderia o Tribunal declarar a nulidade de uma lei que contrariasse o artigo 17 da Constituição de Weimar (princípio da eleição proporcional), uma vez que “a consequência seria o caos, o Estado-Membro não teria uma lei eleitoral”⁹.

Isso demonstra que, já no início deste século, existia alguma preocupação com o perigo da adoção pura e simples, pela jurisdição constitucional, das formas de decisão consagradas pela jurisdição ordinária.

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade¹⁰. Desde 1970 prevê o § 31, (2), 2.º e 3.º períodos, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei. No que respeita à sentença penal condenatória, o § 79, (1), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal equiparou a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade à declaração da nulidade. A expressão literal da lei, todavia, não se mostra unívoca. Enquanto no § 78, 1.º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, assenta-se que a lei incompatível com a Constituição deve ser declarada nula; os §§ 31, (2) e 79, (1), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, distinguem entre a lei inconstitucional e a lei nula¹¹.

6 Triepel, *Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), p. 26.

7 Triepel, *op. cit.*, p. 26.

8 Jellinek, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, p. 27. Cf., também, Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 38.

9 Jellinek, *op. cit.*, p. 27.

10 Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 168.

11 Schlaich, *op. cit.*, p. 168.

Enquanto em 1969/70 ainda não se podia falar de um tipo autônomo de decisão¹², pode-se afirmar que, a partir de 1969, passou a Corte Constitucional Federal a abster-se, com frequência, de pronunciar a nulidade de uma lei¹³.

Dados estatísticos indicam que, entre 1980 e 1982, o Tribunal pronunciou tantas declarações de nulidade quantas foram as declarações de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade¹⁴. Desde então, é crescente a tendência do Tribunal em declarar a nulidade da lei¹⁵. Se em 1981 ainda foram proferidas 7 declarações de inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade)¹⁶, constata-se, em 1984, apenas uma decisão dessa modalidade¹⁷.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, proferida em todos os processos de controle de normas¹⁸ perante a Corte Constitucional Federal, gera ainda insegurança na doutrina. As disposições constantes do § 31, (2), 2.º e 3.º períodos e do § 79, (1), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, contribuem, de certa forma, para esse quadro de insegurança, uma vez que elas não explicitam quando o Tribunal deverá abster-se de declarar a nulidade¹⁹. A insegurança e controvérsia que estão associadas a esse instituto²⁰ não foram suficientes, todavia, para impedir que os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros (*Länder*) incorporassem esse tipo de decisão na sua práxis²¹.

12 Cf., Ipsen, *op. cit.*, p. 107; Schlaich, Klaus, *op. cit.*, p. 169. Inicialmente, o Bundesverfassungsgericht não incorporava a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na parte dispositiva, limitando-se a esclarecer as razões da renúncia à declaração de nulidade nos fundamentos da decisão. Uma exceção a essa prática pode ser identificada na decisão BVerfGE 13, 248 (249).

13 Ipsen, *op. cit.*, p. 108; Schlaich, *op. cit.*, p. 169.

14 Ipsen, *op. cit.*, p. 108; Schlaich, *op. cit.*, p. 169.

15 Cf., Hein, Unvereinbarerklärung, p. 31.

16 BVerfGE 56, 175; 56, 146; 56, 192; 56, 353; 57, 335; 57, 361; 58, 137; cf., a propósito, Hein, *op. cit.*, p. 31.

17 BVerfGE 67, 348.

18 Schlaich, *op. cit.*, p. 168.

19 Cf., a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

20 Cf., a propósito, Ipsen, JZ, 1983, pp. 41 s.

21 Cf. Corte Constitucional de Baden-Württemberg — ESVGH 26, 129, 141; com remissão da jurisprudência da Corte Constitucional Federal in Corte Constitucional da Baviera, BayVBl. 1975, 558; Corte Constitucional da România do Norte — Westfália, DVBl. 1976, 393; Corte Constitucional da Baviera 21, 14 (23); 24, 97 (101); 27, 61 (64); 28, 143. Cf., a propósito, Stern, Staatsrecht, I, p. 1040, nota 529; Bashof, Der Richter als Gesetzgeber?, in: Weg zum Rechtsstaat, pp. 344 (348); Hein, *op. cit.*, p. 151; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 250.

3. *Distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e outras decisões semelhantes da Corte Constitucional Federal*

3.1 *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o "apelo ao legislador"*

Cumpre distinguir, inicialmente, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade do "apelo ao legislador" ("Appellentscheidung"), decisão na qual o Tribunal rejeita a arguição de inconstitucionalidade, anunciando, todavia, uma possível conversão dessa situação "ainda" constitucional (*noch verfassungsgemäss*) num estado de inconstitucionalidade.

Nem sempre afigura-se possível diferenciar, com precisão, a "Appellentscheidung" da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade²². A simples determinação para que o legislador regule determinada matéria dentro de certo prazo não expressa característica exclusiva do "Appellentscheidung", uma vez que também da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade constam, não raras vezes, recomendações ou exortações expressas para que o legislador edite uma nova regulamentação²³. Também a possibilidade de eventual aplicação da lei questionada não se afigura suficiente para fixar uma decisiva diferenciação entre a "Appellentscheidung" e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, pois, tal como ressaltado pela Corte Constitucional Federal, "excepcionalmente, os dispositivos que tiveram a sua inconstitucionalidade declarada poderão ser aplicados"²⁴.

Pode-se assentar, porém, que, embora subsistam dúvidas na doutrina sobre os efeitos da "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade", é certo que ela contém um juízo de desvalor em relação à norma questionada que obriga o legislador, nos termos dos artigos 1.º, III (vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais) e 20, III, da Lei Fundamental (garantia do Estado de Direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Lei Fundamental), a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade²⁵. Portanto, enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade contém uma declaração de inconstitucionalidade, o "apelo ao legislador" configura peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade²⁶.

22 Cf., a propósito, Sachs, DöV, 1982, p. 23 (27 und 30).

23 Zeidler, EuGRZ, 1988, p. 207 (214).

24 BVerfGE 61, 319 (356). Cf., a propósito, Maurer, Zur Verfassungswidrigkeitsklärung, Festschrift für Weber, p. 347.

25 Cf., também, BVerfGE 37, 217; 40, 296; 55, 100. Ver, também, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (346-347).

26 Schulte, Martin, *op. cit.*, 1200 (1201); Pohle, Verfassungswidrigkeitsklärung, pp. 48-49; Schlaich, *op. cit.*, p. 181; Ipsen, *op. cit.*, p. 268; Gusy, Gesetzgeber, p. 210.

3.2 *Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a sentença declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos*

Não obstante certas semelhanças²⁷, a decisão declaratória proferida no processo de conflito entre órgãos (*Organistreitigkeiten*) não se confunde com a “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade” uma vez que, embora no processo de conflito entre órgãos (§ 64 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal) possa ser impugnada uma lei²⁸, a decisão proferida não há de versar diretamente sobre a sua constitucionalidade²⁹. A Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal restringe aqui o seu poder de censura ao estabelecer, no § 67, 1.º período, que “o Tribunal deve-se limitar a verificar se o ato ou a omissão em apreço lesa disposição da Lei Fundamental”³⁰.

3.3 *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e o controle judicial do direito alienígena*

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não se confunde, igualmente, com as decisões da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal que se limitam a constatar a inconstitucionalidade de disposições integrantes do direito estrangeiro ou de organizações supranacionais³¹. Nesse caso, a renúncia à declaração da nulidade decorre da falta de competência para proferir uma decisão de índole cassatória. O Tribunal limita-se, por isso, a verificar se a aplicação dessa norma se afigura compatível com a Lei Fundamental³².

4. *Análise da jurisprudência da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores (v. g. benefícios sociais, salários

27 Cf., a propósito, Frowein, DÖV 1971, p. 792 (795); Meyer, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, vol. III, Art. 93, nº 25.

28 BVerfGE 1, 144 (145-146); 1, 208 (211, 216); 4, 115 (116-119).

29 Hein, *op. cit.*, p. 28.

30 Cf. BVerfGE 1, 351, (371); 20, 229 (129); 20, 134 (140); 24, 300 (350). V. também, Schlaich, *op. cit.*, p. 158; Hein, *op. cit.*, p. 28; Lücke JZ 1983, p. 380.

31 BVerfGE 15, 337; 36, 146 s.; 37, 271 s.

32 Cf., a propósito, Pestalozza, *op. cit.*, p. 518 (523); Hein, p. 21; Gusy, *op. cit.*, p. 189; Schneider, Bernd-Jürgen, Funktion der Normenkontrolle, p. 170; Pohle, *op. cit.*, p. 67.

ou vencimentos, subvenções, etc.)³³. A jurisprudência do Tribunal não se limitou, porém, a esses casos. A orientação desenvolvida para os casos "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" foi estendida a outras hipóteses nas quais o Tribunal identificou, igualmente, a necessidade de declarar a inconstitucionalidade da lei sem pronunciar a sua nulidade³⁴.

4.1. *A exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia e outras ofensas ao princípio da igualdade*

Tem-se uma "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo³⁵; a exclusão de benefícios é explícita³⁶ se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos³⁷. Abstraídos os casos de exigência constitucional inequívoca³⁸, a lesão ao princípio da isonomia pode ser afastada de diversas maneiras: pela supressão do próprio benefício; pela inclusão dos grupos eventualmente discriminados ou até mediante a edição de uma nova regra, que condicione a outorga de benefícios à observância de determinados requisitos decorrentes do princípio da igualdade³⁹. Assim, poderia ser objeto da declaração de nulidade, em sentido técnico, tanto a disposição que outorga o benefício, como eventual cláusula de exclusão, desde que estabelecida expressamente por uma norma⁴⁰. A Corte Constitucional Federal abstém-se de pronunciar a nulidade da norma. Nesses casos, sob a alegação de que o legislador disporia de diferentes possibilidades para afastar a ofensa ao princípio da isonomia⁴¹ e a

33 Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345 (348) Schlaich, *op. cit.*, p. 170; Ipsen, *op. cit.*, p. 109.

34 BVerfGE 38, 187 (205); 39, 196 (204); 40, 196 (227).

35 Cf. BVerfGE 18, 288 (301); 22, 349 (360).

36 Cf. BVerfGE 25, 101.

37 Cf., a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (349); Ipsen, *op. cit.*, p. 109; Jülicher, *Verfassungsbeschwerde*, pp. 51 s.

38 Cf., também, BVerfGE 21, 329 (338, 343 f. 353); 22, 163 (174 s.), 27, 220 (230); 27, 364 (374); 27, 391, (399); 29, 283 (303); 39, 196 (204).

39 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (348); Ipsen, *op. cit.*, p. 109.

40 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (349); Schneider, *Funktion der Normenkontrolle*, p. 174.

41 Cf. BVerfGE 8, 28 (36 s.); 14, 308 (311 s.); 15, 46 (59 f.; 75 s.); 15, 121 (125 s.); 17, 122 (134 s.); 18, 257 (273); 18, 288 (301 s.); 21, 329 (337 s.; 353 s.) 22, 163 (174 s.); BVerfGE 22, 349 (359 s.); 26, 100 (110, 115); 26, 163 (171 s.); 27, 220 (230 s.); 27, 364 (374 s.); 28, 324 (361 s.); 29, 1 (10); 29, 57 (70 s.); 29, 71 (83); 29, 283 (303 s.); 31, (87 s.); 32, 362 (362 s.); 37, 154; 37, 217; 38, 1 (22); 38, 41; 38, 61; 38, 213; 42, 176; 42, 369; 43, 58; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 47, 1; 48, 227; 56, 192; 62, 256; 63, 119; 67, 348; 71, 1; 71, 146; 71, 224.

cassação acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante⁴². Isso implicaria, nos casos em que a disposição se mostrasse aplicável apenas a determinado grupo, que, após a declaração de nulidade, nenhuma pretensão poderia ser dela derivada. Todavia, a cassação da norma que não contempla determinado grupo no seu âmbito de aplicação não assegura, por si só, o gozo do direito pretendido ao eventual postulante.

O Tribunal não está autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão, em virtude das repercussões orçamentárias que resultariam, inevitavelmente, da concessão do benefício⁴³. Por outro lado, a declaração de nulidade de todo o complexo normativo revelaria, como assentado por Ipsen, “uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão” (“Steine statt Brot”)⁴⁴.

Vê-se, assim, que, nos casos de ofensa ao princípio de isonomia, manifestam-se problemas que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade. O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação⁴⁵. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (“relative Verfassungswidrigkeit”) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (“die Unterschiedlichkeit der Regelung”)⁴⁶. Essa “relação normativa inconstitucional” (“verfassungswidrige Normrelation”)⁴⁷ não pode ser superada, em princípio, mediante decisão de índole cassatória, pois esta ou não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar⁴⁸.

Essa concepção foi contestada recentemente por Sachs⁴⁹. A suposição de que a ofensa ao princípio da isonomia não pode ser aferida em face de uma regra determinada, configurando sempre a inconstitucionalidade de uma “relação normativa”, afigurar-se-ia desde já equivocada, porque, na

42 BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301 s.).

43 Cf. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), p. 43 (83).

44 Ipsen, *op. cit.*, p. 110. Ver, também, Jülicher, *op. cit.*, p. 52. Cf. também BVerfGE, 22, 349 (359); 25, 236 (246, 252); 32, 157 (163); 52, 369 (379); 56, 196 (215).

45 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (354).

46 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (354).

47 Ipsen, *op. cit.*, p. 214.

48 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (354); Stern, Staatsrecht, II, p. 960.

49 Sachs, DöV 1984, p. 411 (418).

sua opinião, o direito de igualdade deve ser entendido, exclusivamente, como pretensão a uma abstenção ou pretensão à supressão de um tratamento discriminatório⁵⁰.

A argumentação desenvolvida por Sachs mostra-se problemática, porque ela vislumbra a inconstitucionalidade, exclusivamente, no favorecimento. Não se esclarece porque o benefício e não a exclusão há de ser considerado inconstitucional⁵¹. A simples incompatibilidade dos direitos de igualdade com a concessão de privilégios não logra fundamentar satisfatoriamente essa posição, uma vez que não se pode distinguir, de forma geral, entre a concessão de benefícios ao arrepio do princípio da igualdade ou a imposição de ônus em contrariedade ao mesmo princípio⁵². Essa orientação, que pretende vislumbrar no artigo 3.º, I, da Lei Fundamental um direito de proteção contra favorecimento de terceiros, revela-se problemática, uma vez que, com fundamento no princípio da igualdade, permitir-se-ia uma intervenção em "esfera jurídica alheia" ("fremde Rechtssphäre"). Essa idéia importaria, segundo entendimento dominante, numa inversão do significado do artigo 3.º, I, da Lei Fundamental, uma vez que, geralmente, pode-se derivar do princípio da igualdade apenas uma pretensão à eliminação de intervenção no âmbito da própria esfera jurídica⁵³.

Também em relação às leis que consagram obrigações de forma incompatível com o princípio da igualdade, houve por bem a Corte Constitucional Federal abandonar a orientação que recomendava a simples pronúncia da nulidade⁵⁴. Algumas decisões mais recentes revelam que o Tribunal limita-se, também nesses casos, a declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, sob a alegação de que a ofensa ao princípio da igualdade pode ser eliminada de diferentes formas⁵⁵. Dessarte, em inúmeros casos, atinentes às leis tributárias e a diplomas concessivos de benefícios sociais, tem-se valido o Tribunal do topos "liberdade de conformação do legislador" (*Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) para declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade⁵⁶.

50 Sachs, *op. cit.*, p. 411 (417).

51 Cf., a propósito, Hein, *op. cit.*, p. 104.

52 Hein, *op. cit.*, p. 104.

53 Dürig, in: Maunz, Dürig, Grundgesetz, Art. 3 § 1 n.º 471; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. I, p. 64; Dax, Das Gleichbehandlungsgebot, p. 127; Götz, NJW 1979, p. 1478 (1480); Henke, W., Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, p. 118.

54 BVerfGE 8, 28 (37); 8, 51 (70 s.); 6, 273 (281); 9, 291 (301). Cf., também, Schneider, *op. cit.*, p. 188; Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 520 (535).

55 Cf., também, BVerfGE 23, 1 (10 s.); 33, 90 (105 s.).

56 BVerfGE 23, 1 (10); 25, 101 (110); 28, 227 (242 s.); 33, 90 (106 s.); 33, 106 (114 s.); 45, 104 (114); 51, 1 (9 s.); 61, 319 (320, 356 s.); 62, 256 (268 s.).

4.2. A omissão legislativa

Ao lado da ofensa ao princípio da igualdade, a omissão legislativa assume relevo para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na jurisprudência do Tribunal constitucional⁵⁷. A declaração de nulidade é de excluir-se na ausência de ato normativo⁵⁸ —, tal como formulado pela Corte Constitucional Federal, não se pode declarar a nulidade da lacuna⁵⁹.

A omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar⁶⁰, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental, quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação⁶¹. Semelhanças com a chamada omissão total são identificadas naqueles casos em que existe uma atividade legislativa que, no entanto, não atende às exigências constitucionais ou que as satisfaz de maneira incompleta ou imperfeita⁶². Esses casos dizem respeito, *v. g.*, às hipóteses em que o legislador não editou as regras, que, no contexto de um determinado complexo normativo, deveriam ter sido promulgadas⁶³. Embora exista, nesse caso, uma lei que poderia ser declarada nula, abstém-se o Tribunal de proferir a nulidade sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude⁶⁴, seja porque o legislador foi omisso em proceder à complementação do complexo normativo⁶⁵, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada⁶⁶.

4.3. A liberdade de conformação do legislador

Não raro justifica-se a renúncia à declaração de nulidade em virtude de uma intolerável intervenção no poder ou na liberdade de conformação do legislador⁶⁷. Esse fundamento — “a liberdade ou o poder de confor-

57 Cf., a propósito BVerfGE 6, 257; 8, 1; 15, 46 (59); 18, 288 (301); 22, 349 (360); 23, 1 (11).

58 Jülicher, *op. cit.*, pp. 53 s.; Gusy, *op. cit.*, p. 189.

59 BVerfGE 22, 349 (360 s.). Cf., também, Jülicher, *op. cit.*, pp. 53 s.

60 BVerfGE 6, 257 (264). Cf., também, Pestalozza, *op. cit.*, vol. I, p. 526. Cf., Jülicher, *op. cit.*, p. 13.

61 BVerfGE 56, 54 (70 s.); 55, 37 (53); Hein, *op. cit.*, p. 57; BVerfGE, Vorprüfungsausschuss, NJW 1983, 2931 (Waldsterben).

62 Lerche, AöR 90 (1965), p. 341 (352); Jülicher, *op. cit.*, p. 33; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, n° 285; Lechner, NJW 1955, p. 181 s.; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz, entre outros, BVerfGE, § 90, n° 121.

63 Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 519 (532).

64 BVerfGE 21, 173 (183); 25, 236 (252); 30, 292 (332 s.); 31, 229 (242); 275 (291 s.); 34, 71 (80); 35, 79 (148); 39, 334 (375).

65 BVerfGE 8, 28 (35); 13, 248 (260); 18, 288 (301); 31, 275 (291); 34, 71 (80).

66 BVerfGE 15, 46 (75); 22, 349 (360 s.); 43, 58 (74); 52, 369 (379).

67 Pohle, *op. cit.*, pp. 78 s.; Moench, *Verfassungswidriges Gesetz*, p. 47.

mação do legislador” — tem sua origem, na jurisprudência do Tribunal, nos julgados relativos à ofensa ao princípio da igualdade, nos quais esse *topos* é sempre referido⁶⁸. No desenvolvimento de sua jurisprudência, houve por bem a Corte Constitucional Federal estender a utilização desse *topos* a outros casos, justificando, assim, a escolha de uma determinada variante de decisão⁶⁹. Dessarte, “a liberdade de conformação do legislador” tornou-se quase uma espécie de cláusula geral para justificar a aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade⁷⁰. O argumento sobre a existência de várias alternativas para a eliminação da inconstitucionalidade já foi utilizado, inclusive, para justificar a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade em casos de flagrante intervenção nos direitos de liberdade⁷¹.

A invocação desse poder de conformação do legislador tem merecido sérias críticas na doutrina⁷². Segundo alguns autores, a “liberdade de conformação do legislador” não seria afetada na maioria dos casos, uma vez que este poderia editar as novas regras exigidas tanto após uma declaração de nulidade, quanto depois da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade⁷³. Acentue-se, por outro lado, que a discricionariedade do legislador não legitima a conservação parcial de uma norma inconstitucional, assim como a discricionariedade administrativa não obsta à cassação do ato administrativo eivado de ilegalidade⁷⁴.

4.4. O argumento sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade

Alguns casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade referem-se às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras (*bedrohliche Rechtslücken*), que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias conseqüências, ensejando mesmo eventual “caos jurídico”⁷⁵. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada “inexequibili-

68 BVerfGE 8, 28 (36 s.); 14, 308 (311); 15, 121 (125); 17, 148 (152 s.); 18, 288 (302); 21, 329 (337); 23, 1 (10); 28, 227 (247).

69 Hein, *op. cit.*, p. 79.

70 BVerfGE 61, 43 (68); 61, 358; 62, 117 (153); 62, 258 (257, 288 s.); 62, 374 (391), 64, 323 (368); 64, 367 (388); 65, 325 (357). Cf., também, Stern, *op. cit.*, Art. 93 n° 282; Schlaich, *op. cit.*, p. 171; Hein, *op. cit.*, pp. 79 s.

71 BVerfGE 21, 173; 31, 275; 34, 71.

72 Cf., a propósito, Skouris, *Teilnichtigkeit*, p. 52; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (357); Ipsen, *JZ* 1983, p. 41 (44).

73 Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345 (357); Ipsen, *op. cit.*, p. 41 (44); Sachs, *DöV* 1982, p. 23 (27).

74 Skouris, *op. cit.*, p. 52.

75 Pohle, *op. cit.*, p. 70 s.; Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 519 (537 f.); Schlaich, *op. cit.*, p. 170; Moench, Christoph, *op. cit.*, pp. 39 s.

dade da decisão cassatória" ("Undurchsetzbarkeit der Normaufhebung")⁷⁶. A declaração de nulidade levaria a uma minimização (*Minimierung*), ao invés de levar a uma otimização (*Optimierung*) na concretização da vontade constitucional⁷⁷. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional⁷⁸.

A necessidade de renúncia à declaração de nulidade tornou-se evidente nos casos relativos ao pagamento de vencimentos de funcionários públicos (*Besoldungsfälle*), nos quais o Tribunal reconheceu que, se afirmasse a nulidade, não haveria fundamento legal para que a Administração procedesse ao pagamento de vencimentos de determinados segmentos do funcionalismo⁷⁹. Portanto, a imperfeição identificada deveria ser corrigida pelo próprio legislador.

Semelhança com esses casos, relativos aos vencimentos de funcionários públicos, pode ser identificada nas chamadas questões de *status* (*Statusfälle*), que se referem à estruturação de determinado órgão ou instituição⁸⁰. No acórdão sobre a constitucionalidade da lei universitária, de 18-7-1972, promulgada pelo Estado de Hamburgo, limitou-se a Corte Constitucional Federal a declarar a inconstitucionalidade do seu § 17 sem pronunciar a nulidade, uma vez que a ausência de norma que disciplinasse o sistema de admissão nas Universidades criaria uma situação ainda mais distante daquela pretendida pela Constituição⁸¹. Essa orientação foi aplicada, igualmente, à decisão relativa aos subsídios dos parlamentares (*Diäten-Entscheidung*), na qual o Tribunal declarou que a concessão de privilégios tributários outorgados aos parlamentares estaduais afigurava-se inconstitucional (arts. 38, 48, 3, I, da Lei Fundamental)⁸². Absteve-se a Corte, todavia, de pronunciar a nulidade da norma porque, dessa forma, "suprimir-se-ia parcialmente a base jurídica que assegura a situação ou *status* dos parlamentares"⁸³. A independência deles, enquanto parlamentares, dependia, fundamentalmente, da percepção dos subsídios⁸⁴. Essa orientação foi confirmada em outras decisões do Tribunal⁸⁵.

76 Maywald, BayVBl. 1971, p. 91; Pohle, *op. cit.*, p. 70. Cf., também, BVerfGE 8, 1 (19); 33, 303 (347); 34, 9 (43); 35, 79; 40, 296; 44, 249.

77 Schneider, *op. cit.*, p. 196.

78 BVerfGE 32, 199 (214 f); 34, 9 (43 f); Maurer, *op. cit.*, p. 345 (350); Pohle, *op. cit.*, p. 70.

79 BVerfGE 8, 1 (19); 32 199 (217); 44, 249 (272); 56, 146 (160).

80 Cf., a propósito, Pohle, *op. cit.*, p. 73; Schneider, *op. cit.*, p. 203.

81 BVerfGE 33, 303 (347). Cf., também, BVerfGE 35, 79.

82 BVerfGE 40, 296 (329).

83 BVerfGE 40, 296 (329).

84 BVerfGE 40, 296 (329). Cf., também, 37, 217 (261).

85 BVerfGE 56, 146 (160); 56, 175 (184); 82, 374 (391).

5. Conseqüências jurídicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade

5.1 Considerações preliminares

As conseqüências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não podem ser inferidas diretamente da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal. Apenas no âmbito do Direito Penal teve o legislador o cuidado de disciplinar expressamente essas conseqüências. Nos termos do § 79, (1), do referido diploma, é admissível a revisão da sentença penal condenatória fundada em lei declarada inconstitucional ou incompatível com a Lei Fundamental. Essa disposição demonstra que o legislador partiu da idéia de que a lei inconstitucional — mas não nula — não mais deve ser aplicada, sendo ilegítimos os atos singulares (sentença penal condenatória) praticados com base no diploma inconstitucional⁸⁶.

Pode-se deprender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada⁸⁷. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados “casamentos mistos”, na qual a Corte Constitucional Federal houve por bem equiparar, no que concerne à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade⁸⁸ à declaração de inconstitucionalidade. Segundo o entendimento firmado nessa decisão, a lei simplesmente inconstitucional (unvercinbar), mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada⁸⁹. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional⁹⁰.

O Tribunal deixou assente nessa decisão que são idênticos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e da declaração de nulidade⁹¹. Essa formulação foi reiterada em outras decisões⁹². Evidentemente, tal fórmula revela-se equívoca. Se plenamente válida, ela tornaria supérflua a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade⁹³. A declaração de inconstitucionalidade sem a

⁸⁶ Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345; Ipsen, *op. cit.*, p. 218.

⁸⁷ BVerfGE 13, 248 (260); 13, 288 (301); 26, 100 (101). Cf. Stern, *op. cit.*, Art. 93, nº 281; Söhn, *Anwendungspflicht*, p. 61.

⁸⁸ BVerfGE 37, 217 (262).

⁸⁹ BVerfGE 37, 217 (261).

⁹⁰ BVerfGE 37, 217 (261). Cf., também, BVerfGE 61, 319 (356).

⁹¹ BVerfGE 37, 217 (262).

⁹² BVerfGE 55, 100 (110).

⁹³ Rupp, H.H., Art. 3 GG als Massstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, II, p. 364 (387-388); Schlaich, *op. cit.*, pp. 175-176; Schneider, *op. cit.*, p. 187.

pronúncia da nulidade e a ordem que ela contém para que o legislador haja prontamente demonstram que a Corte Constitucional Federal considera que, nesse caso, a lei inconstitucional subsiste, pelo menos para o efeito de evitar que o direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional ou para obviar o surgimento de um "vácuo jurídico"⁹⁴.

5.2 Dever de legislar

A obrigação de eliminar prontamente a situação inconstitucional constitui, sem dúvida, a menos controvertida consequência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade⁹⁵. Constitui tarefa do legislador empreender os esforços necessários para restabelecer o estado de constitucionalidade, seja através da colmatação de eventual lacuna, seja através da supressão da disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada⁹⁶. A vinculação do legislador à ordem constitucional estabelecida está prevista expressamente nos arts. 1, III, e 20, III, da Lei Fundamental, e encontra sua concretização no § 31, n.ºs 1 e 2, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que confere força de lei e efeito vinculante às decisões do Tribunal. Daí resulta o dever do legislador de tomar as medidas necessárias à restauração do estado de constitucionalidade sem qualquer atraso culposo, isto é, sem mora⁹⁷.

Se se admite, com a Corte Constitucional Federal, que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade tem efeitos também em relação ao passado⁹⁸, cabe indagar sobre os limites que devem ser observados pelo legislador ao emprestar retroatividade à nova disciplina da situação jurídica em questão. O Tribunal entende⁹⁹ que o legislador deve guiar-se pelos parâmetros constantes do § 79, (2), da Lei Orgânica Constitucional Federal, que, embora se refiram à declaração da nulidade, seriam aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia

94 Cf., a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 176; Ipsen, *op. cit.*, pp. 218-219.

95 Cf., BVerfGE 6, 257 (265 f.); BVerfGE 37, 217 (262); 51, 1 (28); BVerfGE 57, 361 (388). Cf., a propósito, Ipsen, *op. cit.*, pp. 211-213; Schlaich, *op. cit.*, p. 172; Gusy, *op. cit.*, p. 191; Hein, *op. cit.*, pp. 168 s.; Heyde, *Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen*, Festschrift für Fallner, p. 53 (54 s.); Gerontas, DVBl. 1982, p. 486 (488); Heussner, NJW 1982, p. 257; Maurer, *op. cit.*, p. 362; Schneider, *op. cit.*, p. 162.

96 Schlaich, *op. cit.*, p. 172; Hein, *op. cit.*, p. 169; Heyde, *op. cit.*, p. 53 (54); Ipsen, *op. cit.*, p. 212.

97 Skouris, *op. cit.*, p. 47; Pestalozza, *op. cit.*, p. 519 (555, 559); Ipsen, *op. cit.*, pp. 212-213; Heyde, *op. cit.*, p. 53 (55); Heussner, 1982, pp. 257 s.; Gerontas, DVBl. p. 488; Stettner, DVBl. 1982, p. 1127; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (367); Ulsamer, Maunz, Theodor, entre outros, BVerfGE, § 78 n.º 3; Pohle, *op. cit.*, p. 154; Leibholz-Rupprecht, BVerfGE — Nachtrag, § 31, nota 3; Gusy, *op. cit.*, pp. 191, 196; Hein, *op. cit.*, p. 170; Schmidt-Bleibtreu, *op. cit.*, § 95, n.º 42.

98 BVerfGE 37, 217 (262 s.); 55, 100 (110 s.).

99 BVerfGE 37, 217; 55, 100 (110 s.).

da nulidade¹⁰⁰. Essa orientação foi confirmada na decisão de 8 de novembro de 1980¹⁰¹.

Nos termos do § 79 (2) da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, não podem ser revistos os atos do Poder Público não mais suscetíveis de impugnação, ainda que se assentem numa lei declarada nula. Os efeitos negativos ou danosos não mais poderão ser suprimidos em relação ao passado. Todavia, eles perdem sua eficácia em relação ao futuro, não podendo mais ser executados¹⁰². Daí resulta que o legislador não está obrigado a fazer com que a norma legal editada para atender à ordem constante da decisão de inconstitucionalidade retroaja ao momento da colisão¹⁰³. A retroatividade somente é de exigir-se em relação àquelas situações ainda suscetíveis de serem impugnadas e que, portanto, não estão cobertas pelas "cláusulas gerais de preclusão" ou pela coisa julgada¹⁰⁴.

5.3 A suspensão de aplicação da norma inconstitucional (Anwendungssperre)

Tal como a declaração de nulidade, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade tem o efeito de impedir que os Tribunais, a administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão, observando rigorosamente a censura constante da parte dispositiva do julgado¹⁰⁵. Essa orientação colhe em geral aplausos na doutrina¹⁰⁶. A norma constante do § 79 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, que impede a continuada aplicação da lei declarada inconstitucional¹⁰⁷, explicita os princípios constantes dos arts. 1.º, III, 20, III, e 100, I, da Lei Fundamental, incompatíveis com a aplicação da lei declarada inconstitucional¹⁷⁴. A decisão proferida no controle abstrato de normas tem eficácia *erga omnes* (§ 31 (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal), de modo que, após a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade com efeito *erga omnes* ou após a pronúncia da nulidade, não subsiste dúvida quanto à exis-

100 BVerfGE 37, 217 (263).

101 BVerfGE 55, 100.

102 Cf., a propósito, Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 178; Heyde, *op. cit.*, p. 53 (58); Hein, *op. cit.*, p. 175.

103 Heyde, *op. cit.*, p. 58; Pestalozza, *op. cit.*, p. 178; Hein, Peter, *op. cit.*, p. 175.

104 Heyde, *op. cit.*, p. 53 (58); Hein, *op. cit.*, p. 175.

105 BVerfGE 37, 217 (261).

106 Gerontas, 1982, *op. cit.*, p. 486 (488 s.); Heussner, Hermann, *op. cit.*, p. 257 (258); Jülicher, *op. cit.*, p. 97; Geiger, in: *Festschrift für Maunz, Theodor*, p. 136; Leibholz/Rupprecht, BVerfGE, § 31 (nota 3); Maunz, Theodor, *op. cit.*, p. 518; Jekewitz, DVBl. 1981, p. 1148; Maurer, Hartmut, *op. cit.*, p. 345 (362); Pestalozza, *op. cit.*, I, p. 526; Skouris, *op. cit.*, p. 55; Ulsamer, Gerhard, in: *Maunz, entre outros*, BVerfGE, § 78, nº 33; Schlaich, *op. cit.*, p. 172; Stern, Klaus, *op. cit.*, II, p. 1041.

107 Cf., Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362). V., também, Pohle, *op. cit.*, p. 123.

tência à ofensa constitucional¹⁰⁸. A lei declarada inconstitucional não dispõe portanto de eficácia vinculante, não lhe devendo submissão nem o indivíduo nem as autoridades ou os Tribunais¹⁰⁹. Qualquer ato praticado com base na lei inconstitucional é, igualmente, inconstitucional¹¹⁰.

A não-aplicação da lei inconstitucional no âmbito do controle concreto de normas e no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) dirigido contra decisões judiciais tem conseqüências primeiramente para os casos concretos, impondo aos Tribunais o dever de suspender os processos pertinentes a essa questão¹¹¹. Enquanto para o processo de controle concreto de normas (CI. art. 100, I) revela-se imperiosa uma nova suspensão de processo, deve o Tribunal, no caso do recurso constitucional, cassar a decisão impugnada e devolver a questão ao Tribunal competente para que aguarde a promulgação de novas regras¹¹². Dessa forma, pode a parte beneficiar-se da nova disciplina sem que se lhe possa opor o efeito da coisa julgada, que deveria ser conseqüência da decisão no processo de recurso constitucional e no controle concreto¹¹³.

A limitação do dever de suspensão apenas aos casos concretos que deram ensejo à decisão da Corte (*Anlassfälle*) não seria razoável, uma vez que, com a constatação da inconstitucionalidade, a Administração e os Tribunais estão impedidos, com eficácia *erga omnes*, de editar atos com base na lei declarada inconstitucional (CF, art. 20, III). Por isso, constatou Ipsen, a propósito da chamada "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade", que qualquer decisão definitiva das instâncias administrativas configura aqui uma ilegalidade¹¹⁴. Portanto, os processos pendentes na esfera da Administração ou da Justiça — os chamados casos paralelos (*Parallelfälle*) — não devem ser tratados de maneira diferente. Qualquer outro processo deve ser suspenso até a edição de novas regras compatíveis com a Constituição¹¹⁵.

108 Maunz, in: Maunz, Theodor, entre outros, BVerfGE, § 31, nº 33, 42; Ipsen, Jörn, *op. cit.*, pp. 217-218.

109 Cf., a propósito, Maunz, *op. cit.*, § 31, nº 37; *op. cit.*, pp. 217-218; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

110 Ipsen, *op. cit.*, p. 218; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

111 Cf., a propósito, BVerfGE 28, 324 (363); 29, 71 (83); 31, 1 (7); 37, 217 (261).

112 BVerfGE 15, 46 (76 s.); 22, 349 (362 s.); 23, 1 (11 s.); 25, 236 (255 s.); 28, 57 (71); 32, 325 (372 s.); 39, 316 (333).

113 Schlaich, *op. cit.*, 1985, p. 173.

114 Ipsen, *op. cit.*, p. 219.

115 BVerfGE 22, 349 (363); BVerfGE 39, 316; Heussner, *op. cit.*, p. 257 (258); Gerontas, *op. cit.*, p. 486 (488 s.); Jülicher, *op. cit.*, p. 97; Geiger, Zur Lage unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, Festgabe für Maunz, p. 136; Leibholz-Rupprecht, BVerfGE § 31 (nota 3); Maunz, BayVBl. 1980, p. 518; Jekewitz, DVBl. 1981, p. 1148; Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Pestalozza, *op. cit.*, p. 526; Skouris, *op. cit.*, p. 55; Ulsamer, *op. cit.*, § 78, nº 33; Schlaich, *op. cit.*, p. 172.

A suspensão de aplicação da lei como consequência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não é bem recebida por toda a doutrina, uma vez que ela dificilmente se deixa compatibilizar com o sistema de consequências jurídicas existentes. A aplicação de uma norma declarada inconstitucional é defendida por Söhn, que vislumbra na renúncia da declaração de inconstitucionalidade o reconhecimento da validade da norma, porque falta uma decisão de índole cassatória¹¹⁶. Também Moench parte do princípio de que, embora a suspensão de aplicação da norma seja uma consequência possível e ótima da declaração de inconstitucionalidade, não deve ser entendida como uma consequência necessária do princípio da supremacia da Constituição. Os limites da suspensão de aplicação e, portanto, as condições de validade de norma inconstitucional devem ser definidos de forma estruturalmente igual à renúncia à declaração de nulidade¹¹⁷. Argumentos semelhantes são trazidos por Pohle. Na aplicação superveniente da lei declarada inconstitucional inexistente uma ofensa ao princípio da supremacia da Constituição, porque os órgãos estatais estão obrigados a aplicar, não raras vezes, o direito inconstitucional; eles não atuam de forma inconstitucional e sim de forma compatível com a Constituição, porque é a própria supremacia da Constituição que exige a aplicação continuada do direito inconstitucional¹¹⁸. Semelhante posição é defendida por Kranz e Schneider, que vislumbra na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade a justificativa para a aplicação superveniente e para a vigência continuada da norma declarada inconstitucional¹¹⁹.

A aplicação irrestrita e genérica da lei inconstitucional parece pressupor uma "alternativa normativa"¹²⁰ que autorize essa aplicação continuada do direito inconstitucional¹²¹. Como o Direito Constitucional alemão não dispõe dessa "alternativa", afigura-se difícil encontrar fundamento constitucional que empreste sustentáculo às opiniões que defendem a aplicação da norma inconstitucional¹²².

A suspensão de aplicação da lei é recusada, igualmente, por Sachs. A simples constatação da inconstitucionalidade da lei pode configurar negação da nulidade da lei, permitindo que os Tribunais considerem-na plenamente aplicável¹²³. Como as consequências da declaração de incons-

116 Söhn, Hartmut, *op. cit.*, p. 58.

117 Moench, *op. cit.*, p. 172.

118 Pohle, *op. cit.*, p. 118.

119 Kranz, NZA 1984, p. 348; Schneider, *op. cit.*, pp. 159 s. Ver, também, Kraushaar, AuR 1983, pp. 142 s.; Pieroth, Schlink Staatsrecht II, nº 562.

120 Cf., Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 85; Ipsen, *op. cit.*, pp. 55s; 160 s., 171, 259.

121 Cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 85; Ipsen, *op. cit.*, pp. 55 s.; 160 s., 171, 259.

122 Cf., a propósito, Ipsen, *op. cit.*, p. 67; Stern, *op. cit.*, p. 1041.

123 Sachs, *op. cit.*, p. 981 (1985).

titucionalidade sem a pronúncia da nulidade não estão previstas nem na Lei Fundamental, nem no direito ordinário, não deveriam elas ser pres-supostas como fundamento da suspensão. Ao contrário, elas precisam ser fundamentadas¹²⁴. Por isso, entende Sachs que a Corte Constitucional Federal deveria retornar à praxis anterior, consagrada originariamente no § 78 da sua Lei de organização, que limitava as decisões à declaração de nulidade ou à declaração de constitucionalidade da norma¹²⁵. Opinião semelhante é sustentada por Ipsen, que não encontra fundamento no direito positivo para a suspensão de aplicação e para a suspensão de processos como consequência da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade¹²⁶.

A opinião sustentada por Sachs a propósito de uma decisão da Corte Constitucional Federal, relativa ao tempo livre especial para a mulher com atividades domésticas próprias, tal como resulta de um escrito mais recente¹²⁷, assenta-se numa concepção material do direito de igualdade que pretende atribuir às pretensões baseadas no art. 3.º da Lei Fundamental apenas a finalidade de supressão de ofensa ao princípio da isonomia. A consequência por ele defendida — nulidade — pressupõe essa concepção material do direito de igualdade. O direito de igualdade, enquanto pretensão a uma omissão ou à supressão de um tratamento desigual, leva, em última instância, ao reconhecimento de que o cidadão tem uma proteção contra a outorga de benefício a terceiro¹²⁸. Isto permitiria uma intervenção na esfera jurídica de terceiros com suporte no princípio da igualdade, o que é recusado pela doutrina dominante¹²⁹.

Em relação à tese segundo a qual faltaria fundamento legal para suspensão dos processos, deve-se mencionar que o legislador se refere, no § 31, n.º 2, 2.º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal, tanto à lei que teve sua nulidade declarada, quanto à lei que simplesmente foi declarada inconstitucional. Isso significa que, com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, tem-se decisão sobre a inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*. O poder vinculante da lei deixa de existir tanto para um indivíduo quanto para as autoridades e Tribunais¹³⁰. A edição de atos singulares com base na lei inconstitucional é defesa tanto para a Administração quanto para os Tribunais (LF, arts. 1.º, III, e 20, III). É de indagar-se apenas se os órgãos estatais poderiam ignorar a lei inconstitucional e decidir diretamente as questões que lhe

124 Sachs, *op. cit.*, p. 981 (985).

125 Sachs, *op. cit.*, p. 981 (985).

126 Ipsen, JZ 1983, p. 41 (43).

127 Sachs, *op. cit.*, p. 411 (418).

128 Cf. Maurer, *op. cit.*, p. 345 (349).

129 Dürig, *op. cit.*, n.º 473; Erichsen, *op. cit.*, I, p. 64; Dax, *op. cit.*, p. 127; Götz, *op. cit.*, p. 1478 (1480); Friauf, DVBl. 1969, p. 368 (371 s.).

130 Cf. a propósito, Ipsen, *op. cit.*, pp. 159-160.

fossem submetidas ou se deveriam suspender o exercício de suas atividades pertinentes à questão até uma decisão do legislador¹³¹. A renúncia à declaração da nulidade somente poderia ser entendida dogmaticamente como uma opção para que o legislador encontre diretamente a solução para o caso, uma vez que a tarefa de concretização da vontade constitucional foi, em primeira linha, confiada a ele¹³². Assim, é de reconhecer-se que não falta base jurídica tanto para a suspensão da aplicação da lei, quanto para a suspensão dos processos como decorrência.

Deve-se admitir, por isso, que, apesar da insegurança que resulta da suspensão da aplicação da norma¹³³, constata-se, com a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, que a situação jurídica questionada, na forma existente, não se compatibiliza com a Lei Fundamental. Isso significa que qualquer ato praticado com base na norma inconstitucional é ilegítimo¹³⁴.

A aplicação continuada da norma que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelos órgãos estatais revela-se inadmissível, uma vez que, tal como o legislador, estão a Administração e os Tribunais obrigados a observar o disposto nos arts. 1.º, III, e 20, III, da Lei Fundamental, que consagra o princípio do Estado de Direito. Eles estão autorizados a agir apenas em conformidade com a Constituição¹³⁵. Qualquer ação incompatível com a Lei Fundamental não pode, em princípio, ser justificada pelo prisma constitucional. Sob esse aspecto, não há como deixar de reconhecer como correta a equiparação entre a declaração de nulidade e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade¹³⁶.

5.4. Aplicação da lei inconstitucional

A suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Na decisão proferida pela Corte Constitucional Federal sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados "casamentos mistos"¹³⁷, tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um vácuo legislativo. A Corte Constitucional Federal reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional.

131 Cf., a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

132 Cf. a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Ipsen, *op. cit.*, p. 219.

133 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362).

134 Cf., a propósito, Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Ipsen, *Jörn, op. cit.*, p. 192.

135 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (362); Hein, *op. cit.*, p. 189.

136 Cf., Hein, *op. cit.*, p. 189; Schlaich, *op. cit.*, p. 178.

137 BVerfGE 37, 217.

nal, a fim de que não surja nessa fase intermediária situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente¹³⁸.

A doutrina dominante empresta respaldo a esse entendimento. Nesse sentido, ressalta Pestalozza que a vigência da lei inconstitucional deve ser derivada do próprio sistema jurídico¹³⁹. Idêntica opinião é sustentada por Stern¹⁴⁰, Schlaich¹⁴¹, Maurer¹⁴² e Jülicher¹⁴³, no caso de a aplicação da lei inconstitucional ser exigida pela própria Constituição. Também Moench admite a aplicação da lei inconstitucional em caso concreto, observados os parâmetros estabelecidos na própria Constituição¹⁴⁴. Essa orientação é sustentada, igualmente, por Heussner, que admite aplicação da lei inconstitucional, com fundamento, sobretudo, em razões de segurança jurídica¹⁴⁵.

Dessarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que a aplicação da lei declarada inconstitucional — mas que não teve a sua nulidade reconhecida — é legítima, quando exigida pela própria Constituição¹⁴⁶. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso¹⁴⁷.

Evidentemente, não se esclarecem, assim, os critérios que devem orientar a Corte Constitucional Federal para expedir a autorização de aplicação da lei inconstitucional¹⁴⁸. Pode-se afirmar, todavia, com segurança, que essa autorização somente pode ser outorgada se a aplicação continuada da lei inconstitucional for exigida ou pressuposta pela Constituição, uma vez que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional¹⁴⁹. Essa concepção, que há de ser considerada obrigatória sob o prisma constitucional, contém o perigo de que se fortaleça tendência no sentido de se identificar, na Constituição, toda e qualquer assertiva que legitime a aplicação da norma inconstitucional¹⁵⁰. Semelhante tendência poderia fortalecer a impressão de que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade confere efetivamente ao Tribunal uma “discricionariedade da sanção” (*Sanktionsermessens*)¹⁵¹.

138 BVerfGE 61, 319 (356).

139 Pestalozza, *op. cit.*, pp. 565-566.

140 Stern, *op. cit.*, p. 1041.

141 Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

142 Maurer, *op. cit.*, p. 345 (382).

143 Jülicher, *op. cit.*, p. 97.

144 Moench, *op. cit.*, p. 173.

145 Heussner, *op. cit.*, p. 257 (259).

146 Cf., a propósito, Hein, *op. cit.*, p. 192.

147 Cf., a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 180; Hein, Peter, *op. cit.*, p. 194.

148 Cf. a propósito, Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

149 Cf., também, Schlaich, *op. cit.*, p. 180.

150 Schlaich, *op. cit.*, p. 180; Hein, *op. cit.*, p. 194.

151 Cf., a propósito, Ipsen, *op. cit.*, p. 220; *Idem*, JZ 1983, pp. 41 s.; ver, também, Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, p. 98.

6. Bibliografia

(A forma abreviada de citação utilizada no texto vem explicitada, sempre que imprescindível, entre parênteses)

- BACHOF, Otto, Der Verfassungsrichter als Gesetzgeber?, in: Wege zum Rechtsstaat, Königstein/Ts, 1979.
- DAX, Günter, Das Gleichbehandlungsgebot als Grundlage positiver subjektiv-öffentlicher Rechte (cit.: Das Gleichbehandlungsgebot), Bonn, 1969.
- DÜRIG, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, art. 3.
- EBSEN, Ingwer, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin, 1985.
- ERICHSSEN, Hans-Uwe, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. I, 3ª edição, München, 1982.
- . Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. II, 2ª edição, Munique, 1979.
- FRIIAUF, Karl-Heinrich, Anmerkung zu den Urteilen des BVerwGs vom 30.8.1968 — BVerwG VII — C 122.96 und vom 25.10.1968 — BVerwG 90-66, DVBl. 1969, p. 368.
- FLAD, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929.
- FRÖWEIN, Jochen Abr. Änderungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsproblem, DöV 1971, pp. 793 s.
- GEIGER, Willi, Zur Lage unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festgabe für Theodor Maunz, Munique, 1971.
- GERONTAS, Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionalen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1982, p. 486.
- GÖTZ, Volkmar, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht, NJW 1979, p. 1478.
- GUSY, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht (cit.: Gesetzgeber), Berlin, 1985.
- HEIN, Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht (cit.: Unvereinbarerklärung), Baden-Baden, 1983.
- HENKE, W., Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, Tübingen, 1979.
- HEYDE, Wolfgang, Gesetzgeberische Konsequenz aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, Munique, 1984, p. (53) 55.
- HEUSSNER, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, p. 257.

- IPSEN, Jörn**, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt (cit.: Rechtsfolgen), Baden-Baden, 1980.
- . Nichtigerklärung oder "Verfassungswidrigerklärung" — Zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, JZ 1983, p. 41.
- JEKEWITZ, Jürgen**, Anmerkung zum Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 8.10.1980, DVBl. 1981, p. 1148.
- JELLINEK, Walter**, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, 3ª edição, Leipzig e Berlin, 1927.
- JULICHER, Friedrich**, Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen (cit.: Verfassungsbeschwerde), Berlin, 1972.
- KELSEN, Hans**, Reine Rechtslehre, 1ª edição, Leipzig e Viena, 1934.
- . Reine Rechtslehre 2ª edição, Viena, 1960.
- KORNEK, KARL**, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981, p. 7.
- KRANZ, Jürgen**, Neue Kündigungsfristen für ältere Arbeitnehmer? NZA 1984, p. 348.
- KRAUSHAAR, Bernhard**, Die neuen Kündigungsfristen für ältere Arbeiter, AuR 1983, p. 142.
- LECHNER, Hans**, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, NJW 1955, p. 1817.
- LEIBHOLZ, Gerhard/RUPPRECHT, Reinhard**, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Colônia, 1968.
- . Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, (Nachtrag) Colônia, 1971.
- LERCHEE, Peter**, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen", AöR 90 (1965), p. 341.
- MAUNZ, in: Maunz u.a.**, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 31.
- . Das verfassungswidrige Gesetz, BayVB1., 1980, p. 513.
- MAURER, Hartmut**, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlin, 1974, p. 345.
- MAYWALD**, Anwendbarkeit für verfassungswidrig erklärte Gesetze?, BayVB1. 1971, p. 90.
- MEYER, Wolfgang**, in: v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, vol. III, 2ª edição, Munique, 1983, art. 93.
- MOENCH, Christoph**, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle (cit.: Verfassungswidriges Gesetz), Baden-Baden, 1977.
- OBERNDORFER, Peter**, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, p. 193.

- FESTALOZZA, Christian**, "Noch verfassungsmäßige" und "bloß verfassungswidrige" Rechlagen (cit.: "Noch verfassungsmäßige"), in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, vol. I, p. 520.
- . Verfassungsprozeßrecht, 2ª edição, Munique, 1982.
- PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard**, Grundrechte — Staatsrecht II, 4ª edição atualizada, Heidelberg, 1988.
- POHLE, Albrecht Peter**, Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, (cit.: Verfassungswidrigerklärung) Frankfurt am Main, Berna, 1979.
- RUPP, Hans Heinrich**, Zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der Grundrechte, MJW 1974, p. 2153.
- SACHS, Michael**, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1982, pp. 23 s.
- . Die Folgen der Unvereinbarkeit des Hausarbeitstagsanspruchs für Frauen mit dem Grundgesetz, FamRZ 1982, p. 981.
- SCHLAICH, Klaus**, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, München, 1985.
- SCHMIDT-BLEIBTREU**, in: Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 90.
- . in: Maunz, u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz — Kommentar zu § 94.
- SCHNEIDER, Bernd Jürgen**, Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze (cit.: Funktion der Normenkontrolle), Frankfurt am Main, 1988.
- SCHULTE, Martin**, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, BVBl., 1988, p. 1200.
- SEIBERT, Helga**, Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, EuGRZ, 1978, p. 386.
- SKOURIS, Wassilios**, Teilnichtigkeit von Gesetzen (cit.: Teilnichtigkeit), Berlin, 1973.
- SÖHN, Hartmut**, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen? (cit.: Anwendungspflicht), Frankfurt am Main, 1974.
- STERN**, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. II, Munique, 1980.
- . Staatsrecht der Bundesrepublik, vol. I, 2ª edição, Munique, 1984.
- STETTNER, Rupert**, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl. 1982, p. 1123.
- TRIEPEL, Heinrich**, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, 1929, p. 3.
- ULSAMER, Gerhard**, in: Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, § 78.

Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988

Prof. A. B. COTRIM NETO
Da UFRJ e da Academia Brasileira de
Letras Jurídicas

“Camínhamos a passos largos para a responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento do Judiciário. Já em 1983 a Professora Ada Pellegrini Grinover mostrava a tendência de aplicar-se o dispositivo do art. 107 da CF então vigente, também, à função jurisdicional. Não mais se compreende que o Estado moderno não responda pelo mau funcionamento do Poder Judiciário, qualquer que seja o agente da conduta lesiva” (do Pres. do IAB, Adv.º Roberto Haddock Lobo, na inauguração do Simpósio sobre “O Poder Judiciário e a Administração da Justiça”, em 5-9-91, no Rio de Janeiro).

SUMÁRIO

1. *Cominações de juiz, nos Códigos de Hamurabi e dos Decéviros.* 2. *Ressarcimento de prejuízos por juiz, em Roma.* 3. *Penalização de juiz jaltoso, na Itália.* 4. *Idem, no Brasil.* 5. *Indefinição da Responsabilidade Civil do Estado, no século XVIII.* 6. *Em França constrói-se a Teoria da Responsabilidade Civil do Estado.* 7. *Na Alemanha se desenvolve a Teoria da Responsabilidade sem Culpa, no Diretto Público.* 8. *A jurisprudência do STF, do Brasil, segundo CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, “no sentido de que o Estado não é civilmente*

responsável pelos atos dos juizes". 9. Características dos atos administrativos e dos atos jurisdicionais de juiz (COUTURE e BIELSA). 10. Erros e faltas que juiz comete. 11. Só tem sido universalmente inquestionada a Responsabilidade do Estado pelo erro judiciário em matéria criminal. 12. Um "leading case", do STF, pertinente à Irresponsabilidade do Estado por atos de juiz. 13. Todos os agentes dos Poderes do Estado — não só os do Judiciário — são órgãos da Soberania interna. 14. Colocação do tema da Responsabilidade do Estado em face da Constituição de 1988. 15. Administração Pública envolve Administração da Justiça. 16. Em qualquer área jurídica o erro judiciário enseja a Responsabilidade do Estado, pela nossa Constituição de 1988. 17. A prisca jurisprudência do STF persiste, mesmo no caso de atos administrativos de juiz. 18. O tema presente, como posto nas Constituições da Itália e da Alemanha. 19. Conclusão: tendência universal pela responsabilização do Estado, "responsabilidade civil" no campo do civilismo, e "responsabilidade de Direito Público".

1. Há perto de 4.000 anos e no primeiro sistema judiciário em que a Administração da Justiça foi organizada na forma da lei e à margem da Justiça Sacerdotal, a corrupção de Juiz fora prevista e punida, conquante que apenas em termos de sanção monetária e disciplinar: "Se um juiz julgou uma causa, proferiu uma sentença e mandou exarar documento selado e depois alterou seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento feito, e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão no processo; além disso, fá-lo-ão levantar-se de sua curul de juiz na Assembléia dos Juizes e não tornará a sentar-se com os juizes em um processo". — Assim é como foi estabelecido no art. 5.º, seção I, do Código de Hamurabi, consoante o articulado que lhe atribuiu SCHELL e a tradução do sumeriólogo brasileiro E. BOUZON, em publicação da Editora Vozes, de Petrópolis.

Entretanto, o preceito do Código não encerrava enunciado desprovido de eficácia, pois, e agora o informe é do Prof. EDOUARD CUQ, "Para garantir as partes contra a má-fé de juiz que alterasse sua sentença, os julgamentos eram proferidos em presença de testemunhas, cujos nomes figuram ao lado daqueles dos juizes, nos processos", desde que inexistiam elementos materiais certificadores dos termos dos atos sentenciais, além das frágeis peças de barro cozido onde lavrados eram eles, donde se impunha o recurso da memória testificadora¹.

Já os romanos, desde o dealbar de uma civilização que se caracterizaria pela energia de seus procedimentos sociais e mesmo de suas com-

1 Em *Études sur le Droit Babylonien*, ed. Paul Geuthner, 1929, p. 385.

petições políticas intestinas, na tutela penal do que hoje se identifica como o processo civil, foram do rigor que FRANCESCO CARNELUTTI desta forma apresentou e até louvou: “A pena capital que as doze tábuas cominavam contra o *iudex qui ob rem dicendam pecuniam accepisse erit*, não parece, em absoluto, medida excessivamente cruel; eu me atrevo a dizer que, ainda se tenha em conta o espírito dos tempos, essa antiga energia responde melhor às inelutáveis exigências sociais do que a débil repressão do Código Penal vigente”².

Efetivamente, consoante o art. 3.º da Tábua Nona do Código dos Decênviros — segundo reconstituição do alemão GOTTFREDUS, apresentado por SILVIO MEIRA em seu estudo sobre “A Lei das Doze Tábuas”³ — “Se um juiz ou um árbitro indicado pelo magistrado recebeu dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem, que seja morto” (*Si iudex: arbiterve jure datus, ob rem dicendam pecuniam accepit capital esto*). Contudo, essa trágica sanção seria atenuada no correr dos séculos, como observou PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, em face de GAIO e JUSTINIANO: o procedimento do juiz responsabilizado por má sentença, por negligência ou má-fé ou que por qualquer modo tivesse faltado ao seu dever, seria objeto de Ação Pretoriana *in bonum et aequum concepta*, e condenado à composição do prejuízo causado, na sua exata medida⁴.

2. Ocorria portanto que nessa espécie de penalização imposta ao juiz apanhado em grave falta funcional, quando em Roma se lhe impôs o ressarcimento de prejuízo a benefício do prejudicado, isto ficaria sempre dependente da capacidade econômica do condenado. Mas o delegante da autoridade judiciária — o *Imperator*, em cujo nome então se administrava a Justiça —, este ficaria à margem, mesmo em razão do fato de que nenhuma ação de seus súditos poderia alcançá-lo.

E isso perduraria por mais de milênio, pois somente pelo findar do século XVIII da nossa era a cultura ocidental iniciaria o desvinculamento da idéia do Estado da pessoa física do Soberano.

3. Ainda a propósito de cominações que pesam sobre juizes corruptos — e agora falando do que contemporaneamente ocorre em seu país —, o reverenciado mestre milanês que foi CARNELUTTI, a modo crítico, co-

2 In *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. II, da Ed. UTEHA, na trad. espanhola de ZAMORA Y CASTILLO e MELENDO, 1944, pág. 381.

3 *A Lei das Doze Tábuas*, 3ª ed. For., 1972.

4 P. F. Girard, em *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 16ª ed. ROUSSEAU, Paris, 1928, pág. 649.

menta a fragilidade das sanções do juiz alcançado em falta grave, visto que na Itália elas não se acham previstas, de modo expresso, na Lei Penal, e acrescentou: "Por isso, a violação da obrigação judicial por parte dos oficiais judiciais (pela nomenclatura italiana inclui o juiz, segundo o autor em cita) constitui violação de obrigação genérica do funcionário público e, sob esse aspecto, o delito *contra a administração de justiça* se acha implícito na figura mais ampla do delito *contra a administração pública*: assim, o ato do juiz que não quer prover sobre a petição das partes está previsto com o nome de *omissão* ou *denegação de atos de ofício*, pelo art. 328 do Código Penal, que não castiga somente o juiz ou, em geral, o oficial do processo, senão a qualquer *funcionário público ou... encarregado de serviço público que indevidamente denegue, omita ou retarde um ato de ofício ou do serviço*"⁵.

4. Esse debuxo de CARNELUTTI sobre o que acontece na Itália, até com as mesmas palavras, pode ser dito do verificado no Brasil, onde só em data mais recente a Lei Orgânica da Magistratura Nacional passou a estabelecer cominações específicas para o juiz faltoso, contudo simplesmente no que diz respeito às sanções disciplinares: quanto às de natureza tipicamente penais entre nós ainda prevalece o Código Penal, em seu Título XI, que trata dos crimes contra a Administração Pública e, outro tanto, genericamente, dos crimes contra esta praticados por funcionários e, por extensão, a juízes.

5. A revolução cultural que se desencadeou na Europa, pela segunda metade do século XVIII, inicialmente, e com imediato reflexo nas colônias britânicas da América do Norte, induziria subsequente — e nos primeiros quartéis da centúria seguinte —, à idealização da personalidade jurídica do Estado e do Estado de Direito, ambos um fecundo produto da contribuição germânica para as instituições do Ocidente⁶.

Foi a partir desses eventos que se passou a cogitar de estender ao Estado a solidariedade na composição dos danos que seus servidores, procedendo como tais, causassem a terceiros. Todavia, do mesmo modo que não fora fácil reconhecer no campo das relações civis a imposição do dever de indenizar injusto dano, a reparação civil sucedendo à satis-

5 FRANCESCO CARNELUTTI, em *Sistema de Derecho Procesal Civil*, obra e vol. cit., págs. 481/482.

6 Na *Jurídica*, 123/186, de 1973, em número especial e bilingüe, dedicado ao estudo da influência germânica no direito brasileiro destacamos ter sido o desenvolvimento da "fiskus Theorie", nos fins do século XVIII, a gênese da personalidade jurídica do Estado e, num segundo momento da construção da teoria do Estado de Direito, obra de autores alemães, principalmente ALBRECHT, von MOHL, GNEIST e BAHR.

fação pela vingança ou a retribuição do mal por mal equivalente, da Lei das XII Tábuas — o que só se verificaria em Roma séculos mais tarde, com a *Lex Aquilia* e ulteriormente o *Digesto*, assim mesmo de modo implícito (*Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet*) —, muito custaria a teorização de uma responsabilidade do Estado, inicialmente no plano civil e finalmente no próprio campo do Direito Público. É que, não obstante se houver desintegrado a personalidade política do Estado da personalidade natural do Príncipe com todo o seu elenco de imunidades, persistiria em prol do primeiro o ancião dogma segundo o qual *The King can do no wrong*...

Por isso, embora reconhecido o Estado como pessoa jurídica na forma da legislação civil, ficou indefinido: 1.º — estará o Estado sujeito, como qualquer pessoa física ou jurídica, às regras do Direito Privado, e obrigado, como essas, a responder perante as jurisdições ordinárias? 2.º — deve ser ele considerado fora do alcance do Direito Privado, pela sua qualidade essencial de Poder Público, não obstante a prática quotidiana de atos e fatos que por sua natureza e fins caem sob a sanção irrecusável desse Direito?

6. Entretanto, antes mesmo que na Alemanha se houvesse elaborado a teoria da personalidade jurídica do Estado e do Estado de Direito, na França dos tumultuosos anos iniciais da Revolução Francesa foi onde cuidou-se do problema da indenização dos cidadãos pelos danos que tivessem sofrido, a título de responsabilidade do Estado.

Num longuíssimo capítulo de seu precioso *Droit Administratif*⁷, dedicado ao estudo de “A Responsabilidade da Administração e de seus Agentes”, GEORGES VEDEL inicia-o com “Aperçu Historique” do tema, salientando que três traços caracterizam a história dessa matéria: o alargamento mais ou menos constante da responsabilidade do Poder Público; o aperfeiçoamento técnico da teoria das relações entre a Administração, seus agentes e as vítimas de danos; a delimitação da responsabilidade administrativa como teoria autônoma.

Salientando que, inicialmente, a idéia de imposição do dever de o Poder Público responder por danos causados pela sua ação ou a ele imputados, encontrou resistência uma vez que se chocava com o princípio segundo o qual, sendo o Estado ente soberano, não seria admissível pudesse produzir mal; e que, destarte, tal princípio só seria clidido quando a reparação de prejuízos fosse estabelecida em leis formais, como as editadas em 1800 e em anos imediatamente anteriores, a propósito de danos resultantes de trabalhos públicos ou de agitações populares; não obstante,

7 Na 6ª ed. de *Presses Universitaires de France*, 1976, págs. 325/436.

continua VEDEL, por mais numerosos que tenham sido esses textos especiais, caberia à jurisprudência elaborar uma teoria da “responsabilidade administrativa de direito comum”, estabelecendo as regras aplicáveis à margem de qualquer norma legal. Assim ocorreu a partir do famoso *Arrêt Blanco*, emitido em 1873 pelo Tribunal de Conflitos, o qual, por sua natureza e repercussão, entrou na história do direito como importante marco da construção teórica do Direito Administrativo, do mesmo modo que da elaboração da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado sem recurso aos preceitos do Código Civil.

O que ocorreria, daí por diante, em França, retratar-se-ia bem no destacado por JOSAPHAT MARINHO, quando — comentando observações de DUGUIT a propósito das transformações do Direito Público em seu país, numa obra de 1913 —, concluía ser, mesmo então, tendência dominante obrigar o Estado ao pagamento de indenização em face de danos causados por funcionários, apesar da controvérsia aberta entre a teoria da *culpa* e a do *risco administrativo*, prevalecendo, todavia, a segunda⁸.

7. Conforme salientamos, se foi em França onde se iniciou o movimento jurídico que induziria à responsabilidade do Estado pelos prejuízos que sua ação causasse à cidadania, e responsabilidade colocada no quadro do civilismo, seria na Alemanha onde se desenvolveria e implantaria de modo mais formal a *teoria da responsabilidade sem culpa*, uma doutrina do Direito Público. Em obra que se tornou clássica para estudo do Direito Administrativo, o Prof. ERNEST FORSTHOFF, de Heidelberg, nos apresenta a evolução desse tema em seu país, desde os tempos iniciais em que, na segunda metade do século anterior, o movimento de responsabilização do Estado se inspirava na escola francesa.

De fato, foi nos Estados alemães e, em seguida, no Estado Federal, no *Reich*, onde se afirmou — e mediante leis especiais — a “direta, primária responsabilidade do Estado pela postergação dos deveres funcionais por parte dos funcionários”: na Prússia isso se afirmaria pela Lei de 1.º de agosto de 1909, e no *Reich* pela Lei de 22 de maio de 1910.

Houve, em seguida, a I Guerra Mundial, e a proclamação da República e se fez a Constituição Federal de 1919, em Weimar, cujo art. 131 estabeleceu que o Estado ou a entidade personalizada a ele vinculada (*Körperschaft*) seriam *fundamentalmente responsabilizados* pelos atos de seus funcionários que, no exercício de Poder Público, causassem prejuízos

⁸ Em “Responsabilidade Civil do Estado e Revisão do Direito Brasileiro”, na *Notícia do Direito Brasileiro — 1975/1976*, publicação dos docentes da Universidade de Brasília, editor Roberto Rosas, 1976.

a terceiros, com práticas infringentes do dever funcional⁹. Comenta FORSTHOFF que embora, em sua parte final, esse art. 131 da Constituição de Weimar tivesse condicionado a aplicação da norma a uma legislação ordinária que a tornasse eficiente (“Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob”), a jurisprudência deu-lhe imediata aplicação, e de tal forma seus preceitos foram integrados no direito alemão que viriam a ser ripristinados no pós-guerra de 1939/1945, com o art. 34 da “Lei Fundamental” de 1949, que com poucas alterações de redação o reproduziria¹⁰.

Assinala, por demais, FORSTHOFF que a doutrina construída em seus país, no sentido de alargar o campo da responsabilidade do Estado por atos ou fatos de seus agentes, teve inspiração no princípio da equidade imposta na distribuição dos encargos do Estado, enquanto na França ela se estabelecera a partir da idéia de que, restringindo-se a responsabilidade estatal, se estaria proporcionando a este um enriquecimento ilícito. Evidentemente isso não procede, havendo resultado de um equívoco do mestre de Heidelberg, eis que também o pensamento jurídico francês tem proclamado a necessidade de equitativa distribuição, pela coletividade administrada, dos encargos do Estado, numa construção inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução de 1789, segundo a qual todos os cidadãos nascem e vivem com igualdade de direitos.

Como quer que seja, é inquestionável — e isso todos os estudiosos dessa matéria tal assinalam — que universalmente se tem instituído e ampliado o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos que os procedimentos de seus servidores, de seus agentes, de quantos agem em seu nome na realização dos seus fins sociais: aqui é pertinente lembrar, como também o fez FORSTHOFF, a clássica definição de Administração Pública feita a quase cem anos pelo egrégio patriarca do Direito Administrativo germânico, OTTO MAYER, segundo o qual “Die Tätigkeit des Staates für seine Zwecke ist von Natur öffentliche Verwaltung”¹¹.

9 *Apud* FORSTHOFF, em *Lehrbuch des Verwaltungs-Rechts*, 9ª ed. C.H. Beck'sche, Berlin, 1966, págs. 293 e segs.

10 Esta é a redação do mencionado art. 34 da “Grund Gesetz”: “Se alguém viola dever funcional que o obriga em face de terceiro, quando no exercício de cargo público que lhe está confiado, a responsabilidade recal fundamentalmente sobre o Estado ou a Corporação em cujo serviço se encontra. No caso de dolo ou negligência grave é reservado o direito de regresso. Na ação de indenização e na ação regressiva não se exclui a via de direito ordinária.”

11 “A Administração Pública é, por sua natureza, a atividade do Estado na realização dos seus fins” — evidentemente um conceito amplo e a nosso ver preciso, do que seja a Administração Pública, genericamente considerada (em *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª ed. Duncker & Humblot, Munique, 1824, pág. 2).

E nesse espírito foi que, desde 1946, as Constituições do Brasil, e mais enfaticamente a vigente Carta Federal de 1988, têm consignado a *responsabilidade fundamental, primária do Estado* pelos procedimentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Entretanto, tem sido sempre questionado: os atos dos juízes, igualmente, serão de possível colocação nesse quadro de responsabilidade do Estado?

8. De fato, não constitui novidade ou discussão muito recente — entre nós nem alhures — o que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos, ou fatos de juiz: em trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa*, do Senado Federal, o Prof. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, apreciando a “responsabilidade civil do Estado”, nele reservou um capítulo para “a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional”, onde destaca, sobretudo, a colocação do debate na jurisprudência indígena¹². Abrindo esse capítulo, n.º 9, registra CARLOS MÁRIO que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Brasil, sustenta não ser o Estado civilmente responsável pelos atos dos juízes, exceto nos casos expressamente declarados em lei, “por isso que o ato jurisdicional é emanção da soberania nacional”; e acrescentou: “Destarte, se o juiz demora a decidir uma causa, responde ele, civilmente, pessoalmente, na hipótese de dolo ou fraude, ou ainda quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (CPC, art. 133; Lei Complementar n.º 35, de 1979, art. 49). Em tema criminal, prevalece o art. 630 do Código de Processo Penal, que prevê responsabilidade civil do Estado em virtude de erro judiciário, responsabilidade civil que surge com a revisão criminal que reconhece o referido erro”.

Dois pontos merecem destaques nesse comentário do escritor: 1.º, nos termos do direito legislativo nacional o juiz não pratica apenas atos jurisdicionais, porque no exercício de seu cargo muitas vezes pratica atos administrativos, ademais de atos jurisdicionais; 2.º, o estudo é de data que precede a Constituição Federal de 1988.

Com relação ao primeiro ponto, há de se registrar que em muitos casos o juiz brasileiro exerce inumeráveis atribuições que nada têm de jurisdicionais no sentido estrito (*ad exemplum*, e principalmente, em julgados de sucessões, de registros públicos e de menores); com pertinência ao segundo, a Carta Federal recentemente posta em vigor deu ao tema da responsabilidade civil do Estado uma prescrição normativa diferente

12 Ed. do ano 24, n.º 96, de 1987, págs. 233/252.

da consignada na CF de 1967 e na EC n.º 1/69, sobre a qual se formou a parte mais importante da jurisprudência mencionada.

Apreciemos o pertinente a esses tópicos.

9. Elementarmente, considera-se que a função de juiz reside no desempenho da atividade de julgar, de resolver conflitos: *função jurisdicional*, portanto, como a definiu COUTURE, é a atividade pública realizada por órgãos competentes nacionais ou internacionais, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, aplica-se a ordem jurídica estabelecida, para dirimir conflitos e controvérsias, mediante decisões suscetíveis de adquirir autoridade de coisa julgada, eventualmente factíveis de execução¹³. Tal função materializa-se em *ato jurisdicional*.

Por sua etimologia, “jurisdição” deriva do latim *jurisdictio onis*: trata-se de regressão culta à forma primitiva, onde a palavra correspondia ao sentido da ação de dizer ou de indicar o direito, um *nomen actionis* formado pela locução verbal *jus dicere*, indicar o direito que aparece noutras etimologias, como *judex*, juiz, ou, literalmente, o que indica o direito, um *nomen actoris*, o adjetivo *juridicus*, e o substantivo *judicium*. Segundo ainda COUTURE, foi na Idade Média que se agregou à acepção primitiva de *jurisdictio* a função de atribuir justiça, de ofício de juiz, com que o vocábulo se difundiu mercê, principalmente, do Direito Canônico.

Todavia, modernamente existe uma grande corrente jurídica que estende a aplicação do vocábulo aos atos de autoridades não judiciárias, que têm o encargo de dirimir pleitos. Esta é a posição de RAFAEL BIELSA, que na área do Direito Público pontificou até recentemente, na plêiade admirável dos maiores publicistas americanos, com o seu conterrâneo MIGUEL MARIENHOFF e os brasileiros THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e HELY LOPES MEIRELLES.

Para BIELSA, entre o *ato administrativo* e o *ato jurisdicional* existe diferença substancial ou material, ainda que ambos sejam geradores e criadores de direitos. O ato administrativo que atribui um emprego ou o que outorga personalidade jurídica a uma sociedade, o que defere uma concessão ou autorização, não tem por objeto declarar um direito questionado ou ferido, mas o de prover uma função meramente administrativa. Pelo contrário, com o ato jurisdicional o órgão do Estado que o realiza — seja um Tribunal contencioso-administrativo, seja uma autoridade administrativa com potestade jurisdicional —, o que precisamente se propõe é decidir se um direito foi violado e como seu titular terá atendido

13 EDUARDO J. COUTURE, em *Vocabulário Jurídico*, ed. Depalma, B.A., 1976.

seu pedido. Se determinado ato administrativo tem por único objetivo a declaração de que um direito foi violado e ordena sua reparação, trata-se, então, de um ato administrativo jurisdicional¹⁴. É certo que, pelo menos em nosso sistema jurídico, de ato administrativo não pode resultar coisa julgada, contudo, já se consagrou no regime jurídico nacional a figura de *preclusão*, que cristaliza certas decisões administrativas tornando-as irrevisíveis no plano administrativo, o que não deixa de ser uma forma branda de coisa julgada.

De qualquer modo, o que importa considerar é a efetiva distinção entre o ato administrativo ordinário, que muitas vezes o juiz brasileiro pratica, como um *plus* na sua atividade regular, e o ato propriamente jurisdicional, que tem seus lindes e características definidos nas leis judiciárias.

10. Com a eminente autoridade de que o Estado proveu o juiz, muitos danos, até involuntariamente, pode este causar aos seus jurisdicionados, principalmente pelas fraquezas e insuficiências inerentes à sua condição humana. Em certo caso, onde, na qualidade de advogado, impetramos ação de segurança para elidir a imposição do encargo de despesas pelos atos que haviam de se repetir processualmente e por força da reforma que instância recursal decretara sobre *sentença errada* que um juiz emitira, sustentamos o inadequado da cominação contida na Lei Processual Civil porque o juiz nunca erra "sem justo motivo".

Nessa oportunidade proclamávamos, apoiando-nos em EDGAR MORIN, com os suprimimentos de seu festejado magistério sociológico: "O erro é do animal, antes que do ser humano. Mas aos erros de percepção, de representação, computação, que nós podemos fazer, como todos os animais, acrescentam-se fontes de erro propriamente humanas, que dependem do fato de não nos ser possível passar sem idéias para traduzirmos a realidade; nós temos necessidade, para alcançar o concreto, de passar pela abstração da idéia. Mas a idéia, que nos comunica com a realidade, é, ao mesmo tempo, o que nos impede de nos comunicarmos com esta. Como precedentemente demonstrei, a palavra, a idéia, a ideologia, a teoria podem ser fontes de erro, pior, de delírio"¹⁵. E, a propósito, desenvolvemos: "Na conformidade do art. 29 do CPC, o juiz que, sem justo motivo, houver dado causa do adiamento ou à repetição de atos terá a seu cargo as despesas desses atos a repetir. Temos por óbvio que, na incidência da cominação deste preceito, não se pode colocar o erro ordinário de quem quer que seja, muito menos do juiz: e referimos destaca-

14 BIELSA, em *Estudios de Derecho Publico II*, ed. Depalma, B. A., 1961, págs. 118/119.

15 Morin, em *Pour Sortir du Vingtième Siècle*, ed. Fernand Nathan, Paris, 1981, págs. 204/205.

damente o Magistrado, apenas, embora o artigo também sujeite a sanções monetárias — às despesas dos atos a serem repetidos — os serventuários da justiça e os elementos do MP. Mas uma posição excepcional tem o juiz, porque sendo sua atribuição exclusiva a de julgar os litígios de seus semelhantes, ele estará necessariamente sujeito a cometer desvios de julgamento, erros, portanto. A nosso ver, antes de ser um acidente — um acidente do trabalho ou uma moléstia profissional... —, a incidência em erro é inerente ao exercício da judicatura (...). O que não se dizer das dificuldades do juiz, que só faz administrar Justiça através da perquirição da realidade dos fatos com os quais não se comunicou e que, ao revés, por artes dos advogados, só lhe são esboçadas, assim mesmo em termos pelo menos incompletos?..."

Efetivamente o juiz errava, na sentença que instância superior reformara: e ele admitia que tinha errado... Todavia, nossa argumentação sobre a imunidade do juiz para o erro possibilitou o sucesso do patrono judiciário.

Sem dúvida, por sua condição humana, o juiz estará sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio ou ainda a ilusões dos sentidos, todas às vezes em que lhe cumpre resolver conflitos, embora os cartesianos sustentem não ser exato que os sentidos nos enganam, pois os dados por eles recolhidos são como podem e devem ser. Pouco importa esta querela, sobretudo porque isso apenas limitadamente se reflete no problema da responsabilidade do Estado: é que os erros naturais, tanto quanto os desvios maliciosos ou interessados de conduta, como os resultantes de omissões do juiz, ordinariamente acarretam lesões de bens jurídicos de uma parte; e a questão de identificar no procedimento do juiz o pertinente ao erro natural ou à omissão ou malícia, esta só importará a fim de ser decidida a oportunidade ou procedência de ação regressiva.

11. O Código de Processo Civil é expreso no estabelecer cominações de estilo civil para o juiz que, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude ou, ainda, recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 133): a partir daí, ou seja, da responsabilidade civil que a lei impõe ao juiz, como indivíduo, obviamente resultarão as aplicações penais. Não será ocioso apontar que esses preceitos do diploma processual civil estão literalmente repetidos no art. 49 da Lei Complementar n.º 35, de 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Entretanto, enquanto as leis do Estado de Direito têm sido pródigas, pelas últimas décadas, e em seguimento de fecunda construção doutrinária e jurisprudencial, no instituir a responsabilidade principal do Estado pelos prejuízos causados aos administrados pelos funcionários administrativos,

seus agentes, em todos os sistemas jurídicos continua omitida a extensão dessa responsabilidade aos exercícios nefastos e danosos dos agentes na Administração da Justiça. Apenas se tem exetudado o ocorrido com os erros judiciários em juízo criminal, quando o direito comparado indica o critério quase universal de atribuir uma responsabilidade estatal pelos prejuízos emergentes, na forma do previsto em nosso Código de Processo Penal, art. 630, como agora, no art. 5.º, inciso LXXV da CF de 1988¹⁶.

12. É consabido que foi a partir da Constituição brasileira de 1934 que se passou a responsabilizar o Estado pelos prejuízos que seus "funcionários", nessa qualidade, causassem a terceiros: no Diploma desse ano de 1934, como no de 1937, enunciava-se a responsabilidade da "Fazenda Nacional" solidariamente com o funcionário; já nas Cartas de 1946, como nas de 1967 e na EC n.º 1/69, a responsabilidade do Estado passou a ser *principal*, apenas assegurado um direito de regresso, contra o agente do dano. Foi a partir de 1946, entretanto, que se intensificaram as tentativas de obter indenização do Estado, com fundamento em atos nocivos aos interesses de particulares causados por juiz. Mas a discussão no foro resultava, sempre, na frustração dos pleitos assentada, sobretudo, no entendimento de que o nome "funcionário" não bastava para identificar a categoria profissional de juiz.

Dentre os numerosos acórdãos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu casos da natureza do comentado, destaca-se o proferido pelo seu Plenário no RE n.º 70.121-MG, no qual foram vencidos os Ministros ALIOMAR BALEEIRO, seu Relator, BILAC PINTO e ADALÍCIO NOGUEIRA, pelo que foi designado para Relator definitivo o Ministro DJACI FALCÃO¹⁷. Na parte fundamental de longa ementa foi dito: "No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda, sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 121 do Código de Processo Civil). Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do C.P.Penal)."

Merecem referência os fatos que induziram certo cidadão a promover a ação originadora desse julgado: um comerciante tivera prisão preventiva

16 Aliás, tal inciso LXXV do art. 5º da CF responsabiliza o Estado tanto por erro judiciário em matéria criminal como em qualquer outra circunstância, e pela prisão de condenado "além do tempo fixado na sentença". Adiante, no Cap. 16, isso comentaremos.

17 Na RTJ-64/689: este acórdão menciona o art. 121 do CPC de 1939, que corresponde, quase literalmente, ao art. 133 do Código de 1973, e ambos se inspi-raram no art. 55 do CPC italiano.

decretada por juiz, eis que denunciado por emissão de cheque *sem fundo*; no final, o processo foi encerrado e arquivado, com absolvição do acusado, a pedido do Ministério Público. Entretanto, esse comerciante permaneceu preso em cadeia pública durante mais de 3 anos, dos quais 2 anos e 9 meses pela desídia do juiz que, com os autos conclusos depois do interrogatório do réu, conservou-os consigo “*displicentemente*” — como consignado no relatório do R.E. — durante mais de 2 anos, não obstante reiteradas solicitações de devolução formuladas pelo Promotor da Comarca e pela Ordem dos Advogados. Esses fatos de inequívoca gravidade levaram o comerciante à ação de indenização por perdas e danos contra o Estado de Minas Gerais, encerrada com o histórico pronunciamento em tela.

Os debates havidos sobre a matéria questionada tomaram longo tempo do Pretório, como se vê de sua publicação: *todavia*, entre os juízes dele participantes, LUIZ GALLOTTI, cuja argumentação prevaleceria afinal, e ALIOMAR BALEEIRO, foram os mais pugnazes e os que mais desenvolvidamente se pronunciaram. Em pálido resumo, sustentou BALEEIRO: 1.º, tanto o art. 105 da Constituição de 1967 quanto o art. 15 do Código Civil partem do princípio de que a Pessoa de Direito Público é responsável principal por indenizações da ordem da pleiteada, sem solidariedade com o funcionário, reservada a ela, apenas, uma ação regressiva; 2.º, os “funcionários” mencionados no art. 105 da CF são os mesmos “representantes” referidos no art. 15 do CC, “inclusive os órgãos e agentes dos três Poderes, e não apenas os que as leis antigas chamavam de empregados públicos da Administração”; acrescentou, ademais, esse Ministro que, a seu ver, na cláusula do art. 105 da Constituição incluem-se até os Chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, “ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo”.

Quanto ao Ministro LUIZ GALLOTTI, que sintetizou sua posição no declarar que “a minha tese é no sentido de que o Estado não responde pelos prejuízos decorrentes de atos judiciais”, desenvolveu seu voto para argüir, em síntese: 1.º, “a irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da magistratura, prerrogativa esta que tem como consequência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade”, opinião tomada de CARLOS MAXIMILIANO, que o Ministro adotou; 2.º, também não cabe exigir indenização do Estado, em casos da ordem considerada, visto o juiz não ser funcionário, porque “como parte integrante do Poder Judiciário não é representante ou preposto do Estado, mas um dos órgãos da soberania”.

Obviamente os pronunciamentos havidos no Supremo, neste caso, foram ricos de invocações doutrinárias pertinentes a temas paralelos, e menções de autores italianos e franceses, principalmente: entretanto, quem se detiver na leitura dos votos comentados pouco encontrará que sobreleve à argumentação dos próprios Ministros, de nós resumida. Afinal, as dúvidas e hesitações dos autores forâneos, essas, eles as põem exatamente com os mesmos termos como as apresentamos nós, os escritores brasileiros.

Ainda a propósito de quanto sustentado neste julgado, é pertinente registrar que, nos múltiplos acórdãos enformadores da jurisprudência do Supremo sobre a responsabilidade do Estado pelos atos de juiz, causadores de prejuízos para terceiros, as teses debatidas não foram de diversa ordem.

Mas, pelo seu conteúdo, este julgado bem merece classificado de *leading case*.

13. Um dos argumentos mais constantes, certamente o argumento basilar dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em sua persistência no denegar a responsabilidade do Estado nas circunstâncias ora comentadas, reside na estranha afirmação de que essa irresponsabilidade se fundamenta na posição particular do juiz que, pelo exercer de uma atividade jurisdicional do Estado, é órgão de sua soberania, e mesmo que "o Poder Judiciário é poder soberano". Isso está proclamado desde a ementa do acórdão susocomentado, como nos acórdãos proferidos nos RR.EE. n.ºs 32.518 (RTJ-39/190), 69.568 (RTJ-56/273, e reafirmado pelo Pleno nos Embargos — in RTJ-59/782) e 91.680 (RTJ-94/423), a propósito, todos, do tema em foco¹⁸.

18 Este julgado foi proferido pela 1ª turma do Supremo, dele tendo sido relator o Ministro RAFAEL MAYER. Não foi conhecido à unanimidade o RE oposto à decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que basicamente assentara nesta razão: "Inexiste o ressarcimento de danos provenientes de atos do Poder Judiciário, porque se trata de um poder soberano, que goza de imunidades que não se enquadram no regime da responsabilidade por efeitos de seus atos, quando no exercício de suas funções".

De sua parte, implicitamente acolhendo o argumento do Judiciário paranaense, a ele, o Ministro MAYER aditou: "Não resta dúvida de que, no tocante àqueles atos típicos da jurisdição, não se pode desenvolver a responsabilidade civil do Estado a partir dos danos que deles resultem. O pensamento dominante é de que em se tratando do exercício de atos de soberania, a igual da irresponsabilidade do legislador, não poderia resultar a responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí consequentes (...). Poucas são as vozes que se opõem à tese, mesmo porque, do contrário, se comprometerá a nímia liberdade interior do ato de julgar".

A rigor, na Europa igualmente se tem estribado a irresponsabilidade do Estado, em casos desta ordem, com esse argumento de *soberania judiciária*, o que juristas do peso de DUGUIT e DUEZ tanto hão criticado: sobre isto, o segundo classificou de mero "verbalismo"; o primeiro disse que o argumento melhor serviria para afirmar a irresponsabilidade do Estado em face de ato administrativo...

Não obstante a consideração que se deva ter pelos arrestos emitidos das sédiás da nossa Corte mais alta, não podemos deixar de opor restrições a esse entendimento. E assim nos pronunciamos: 1.º, porque nada há de mais polêmico, nos quadros do Direito Público, do que seja, de a que corresponde o conceito de *soberania*; 2.º, porque não podemos compreender a razão de ser de qualificar o juiz como órgão da soberania e o Judiciário como “Poder soberano” e não situar, no mesmo plano, o legislador e o funcionário público, pois, afinal, todos são *agentes do Poder Público*, e desempenham aquele papel que OTTO MAYER situou na “*öffentlich Verwaltung*”, isto é, na Administração Pública por ele definida em sentido lato, como correspondendo ao próprio Estado na realização de seus fins.

Com efeito, sobre o sentido impreciso e polêmico do que corresponde ao instituto da “soberania”, todos os autores que sobre ele se detiveram mostraram-se unânimes no acentuá-lo. Entre nós, trabalho excelente de MACHADO PAUPERIO desde o seu título — *O Conceito Polêmico da Soberania e a sua Revisão Contemporânea*¹⁹ — tal demonstra; e PINTO FERREIRA, em longo verbete sobre o tema, publicado na *Enciclopédia Saraiva do Direito* (vol. 69), iniciou seu estudo com este pronunciamento: “Trata-se evidentemente de um vocábulo polêmico”, e prossegue indicando similar entendimento, sobre o “conceito polêmico” do nome e do instituto, em obras de JELLINEK e de Kelsen. Por sua vez, NORBERTO BOBBIO, no monumental *Dicionário de Política*, que organizou com NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO²⁰, exatamente no último capítulo de seu desenvolvido trabalho encerra-o comentando “O Eclipse da Soberania” (págs. 1187/1188).

Em que pese à circunstância de o eminente PINTO FERREIRA ter encerrado o último capítulo de seu verbete na *Enciclopédia* com uma “Definição da Soberania e seu conceito jurídico”, e haver reconhecido que esta pode ser *externa* ou *interna*, foi ele assaz conciso no tratar da “soberania interna, pela qual o Estado tem o monopólio do poder de coação no seu espaço interior, no seu território, no seu domínio, em tudo que nele se encontre”.

No entanto, no verbete “Soberania”, de seu *Dicionário*, BOBBIO situou melhor o que corresponderá, e como se exercerá aquilo que porventura seja pertinente à *soberania interna*: segundo este politólogo, na ordem interior do Estado, com sua progressiva *jurisdição* e com a sua cor-

¹⁹ Obra de 1949, 1ª ed. F. Bastos; grandemente ampliada na 2ª ed. Forense, de 1958.

²⁰ Editado pela Universidade de Brasília, em 1986, com 1.328 páginas.

respondente redução a *ordenamento*, não faz sentido falar de *soberania*, por nos encontrarmos sempre diante de poderes constituídos e limitados, enquanto a soberania se caracteriza, na realidade, como um “poder constituinte”, criador do ordenamento. E ainda BOBBIO: tipologicamente é possível indicar dois poderes constituintes — a ditadura soberana e a Soberania popular, sendo que esta última, através da Constituição, define os órgãos e os poderes constituídos e define o ordenamento, onde previstas as regras que permitem sua transformação e sua aplicação. Marcantes, sobretudo, e no concernente à suposta qualificação do Judiciário como “Poder soberano”, são as observações de NORBERTO BOBBIO nos tópicos seguintes, onde salientou: “As diferenças técnicas do constitucionalismo estão, de fato, inteiramente orientadas a combater, com o Estado misto e a separação dos poderes, toda a concentração e a unificação do poder, e a dividi-lo equilibradamente entre os órgãos”; e mais adiante, comentando o que tem sido objeto de tantos estudos publicísticos, a moderna multiplicação das fontes geratrizes de preceitos cogentes e de poder social — “na realidade o contexto social apresenta uma notável pluralidade de grupos em competição ou em conflito para condicionar o poder político; é justamente esta pluralidade que impede a existência de uma única autoridade, onipetente e onicompreensiva: o processo de decisão política é o resultado de uma longa e vasta série de mediações. Nesta divisão do poder, nesta poliarquia, não existe um verdadeiro soberano (...). Além disso, com o advento da sociedade industrial, empresas e sindicatos adquiriram cada vez maiores poderes, que são essencialmente públicos, uma vez que suas decisões atingem diretamente toda a comunidade”.

As observações de BOBBIO nos trechos que transcrevemos traz-nos à meditação, outra vez, a preleção de ARTHUR MACHADO PAUPERIO, agora em mais recente trabalho seu sobre a “soberania”, um outro verbete da *Enciclopédia Saraiva*, onde o autor apresenta as observações do festejado publicista espanhol ADOLFO POSADA, para quem “o Estado é a sociedade integral, juridicamente considerada, mas que tolera grupamentos autônomos, em ordens jurídicas específicas” — os mesmos que como fontes do poder estatal BOBBIO referiria —, donde a conclusão do próprio POSADA: “a soberania não exclui a soberania, (pois) as soberanias podem atuar juntas, concorrentemente, entrecruzando-se, sem anular-se”.

Por mais que se perquiria nos doutores suas excogitações sobre a questão da *soberania*, o que se encontra em seus magistérios é que, conquanto ela seja um *poder superlativo*, máxime na ordem interna, ela é igual e concomitantemente um *poder relativo*, pois, conforme MIGUEL REALE já destacava, em obra de há mais de cinquenta anos (*Teoria do Direito e do Estado*, SP, 1940, pág. 144), se a soberania é do Estado

sub specie juris, ela é sobretudo do povo, pertence à sociedade como fato social.

Diante desse generalizado entendimento, ter-se-á de concluir que, se na soberania interna é válido enxergar um poder difuso — ao qual os elementos poliárquicos de cunho social aperfeiçoam a modo de cimbres, como amparos da *summa potestas* do Estado —, não vemos seja possível qualificar a cada um desses elementos, nem a cada um dos Poderes em que se distribuíram especializadamente as funções mais eminentes da estatalidade, o caráter de entidade *soberana*.

Acrescente-se que nem mesmo pela dicção de qualquer dos Diplomas Constitucionais que temos tido será possível concluir-se, como o tem feito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o juiz será *órgão da soberania* e o Judiciário um *poder soberano*: não resta dúvida que seria mais próprio enunciar que o juiz será *órgão do Estado*, no mesmo plano que qualquer colégio legislativo ou autoridade executiva, visto como — e a observação apropriada é de CELSO RIBEIRO BASTOS — “qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder (. . .). Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais”²¹. Quanto ao fato de dizer-se que o juiz é *órgão*, isso em nada influi para discriminar seu papel, porquanto a qualquer entidade ou instituição legalmente organizada à qual se cometa o desempenho de determinada função estatal cabe essa qualificação, pois (novamente de CELSO BASTOS a anotação) “as funções são como que moldes jurídicos dentro dos quais deverão ser cumpridas as finalidades estatais”.

É certo que a Constituição de 1891, no seu art. 15, prescrevia que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário seriam “*órgãos da Soberania Nacional*”: entretanto, isso em nada influiu para atribuir a qualquer desses poderes tratamento excepcional nas relações sociais, muito menos para impedir se fizesse o art. 15 do Código Civil, que definiu a responsabilidade do Estado por atos de seus “representantes”, embora a sua condição, a mesma com a qual a jurisprudência moderna do Supremo Tribunal Federal tem afirmado a irresponsabilidade do Estado por atos dos juízes (dando-lhes, ainda que impropriamente, o caráter de *órgãos da soberania*).

Realmente, nenhuma importância especial deram os comentaristas da primeira Constituição republicana à classificação atribuída à tríade dos

21 Na parte de seus *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva de 1988, 1^o vol., pág. 430.

Poderes, de como se vê, a ilustrá-lo, nos “Comentários” de JOÃO BARBALHO, que PONTES DE MIRANDA indicou como o mais apreciável dos estudiosos do Diploma de 1891. Aliás, em que pese ao conceito de soberania, sobre o qual nos detemos aqui, é comum o abuso desse *nomen*, de como visto — *ad exemplum* — em nossa CF de 1988, onde em cinco ocasiões e com variados sentidos se o emprega: isso ocorre logo no art. 1.º, inc. I, no art. 5.º, incisos XXXVIII, c e LXXI, no art. 14, *caput* e, novamente, no art. 170, inc. I.

No concernente ao tópico do art. 1.º, onde proclamado que a “soberania” constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nisso vai uma afirmação de certo modo incongruente, eis que, como observou CRETELLA JÚNIOR em seus *Comentários*, “A soberania não é traço de sistema de governo, republicano ou monárquico, mas da Nação, do Estado (...). Soberano é o Estado. Soberana é a Nação. As *formas de governo* são fenômenos eventuais com que se apresenta o Estado num dado momento. Só nesse sentido é que se pode afirmar que a República Federativa do Brasil é soberana, quando, a rigor, soberano é o Estado brasileiro sob forma republicana”²². No inciso XXXVIII do art. 5.º, depois de se haver impropriamente falado em “soberania dos vereditos” do júri, onde o vocábulo *soberania* foi empregado sem adequação técnico-jurídica, porque usado no sentido vulgar (observação ainda de CRETELLA, ob. cit., pág. 470 do vol. I), tornou a CF a empregar “soberania” quando tratou do mandado de injunção: “abusa-se do vocábulo soberania”, sentenciou novamente CRETELLA (no vol. II, pág. 1091). Afinal, outra vez foi empregado o vocábulo no art. 170, I, onde, a propósito da Ordem Econômica e Financeira, é estabelecido que a “soberania nacional” será um dos princípios a observar: CELSO RIBEIRO BASTOS comenta o fato, dando sentido restritivo ao preceituado na Carta, e o fazendo de modo implicitamente crítico²³.

Portanto, de como visto, em que pese ao uso que nas Constituições da União se tem feito, através dos tempos, do vocábulo “soberania”, isso de nenhum modo terá o condão de superlativar papel político de nenhuma instituição do Direito interno, nem mesmo dos “Poderes da União” cuja separação, consoante comentário de LOUIS TROTABAS, tem por único objetivo a defesa da liberdade dos cidadãos contra o arbítrio dos governantes, pelo que não devem ser mais do que *suavemente separados*, pois hão de agir em concerto, trabalhar em comum em determinadas tarefas do Estado, sem oposição. Mesmo porque, conforme é entendido geralmente, a rigor, no governo da Nação só existem verdadeiramente *dois pode-*

22 Cfr. os *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, For. Universitária, 1989, vol. I, pág. 138.

23 Em *Comentários* antes referido, 7º vol., 1990, págs. 19/20.

res, o Legislativo e o Executivo, desde que o Judiciário até historicamente é um desdobramento menor deste segundo²⁴.

14. Sucede que desde 1988 uma outra Constituição passou a vigorar no Brasil, em termos que alteram fundamentalmente quanto prevalecia antes, a propósito da responsabilidade do Estado nas circunstâncias até aqui apreciadas. Efetivamente, isso é o que se depara no Título III desse Diploma, cujo Capítulo III trata genericamente “da Administração Pública” e onde o art. 37 dispõe: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte.” Em seguida, depois do disposto em XXI incisos, seguem-se vários parágrafos, onde o 6.º apresenta este enunciado: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis, nos casos de dolo ou culpa.”

Duas observações não que ser feitas a propósito destes artigos e parágrafos transcritos: 1.º, a colocação da matéria numa parte abrangente da Constituição, onde cuida da “Organização do Estado”, ao contrário do que acontecia nas Constituições anteriores, onde a responsabilidade do Estado por atos de seus “funcionários” constava de Capítulos relacionados com o Poder Executivo; 2.º, a referência à responsabilidade do Estado se fazia em relação a “funcionários” (do Poder Executivo, entendeu-se), enquanto agora se trata dessa mesma responsabilidade pelos danos de “agentes” de qualquer dos Poderes.

Destarte, a discussão que ontem envolveu ALIOMAR BALEEIRO e BILAC PINTO, de um lado, DJACÍ FALCÃO e LUIZ GALLOTTI, de outro, no Supremo Tribunal Federal, sobre se no conceito amplo de funcionários públicos seria válido incluir o juiz, isso perdeu sentido, visto como será muito menos aventuroso negar ao órgão do Poder Judiciário

24 Não foi por outra razão que, lembra LOUIS TROTABAS, “para respeitar a fórmula de MONTESQUIEU basta distinguir dois poderes: o Poder Legislativo, que normalmente pertence a um Parlamento, e o Poder Executivo, que pertence ao chefe de Estado e ao Governo” (em *Manuel de Droit Public et Administratif*, ed. L.G.D.J., Paris, 1964, pág. 19); e KONRAD HESSE, proclamando o “Judiciário e o Executivo estão juridicamente ligados (“sind rechtsgebunden”), pois ambos exercem funções executivas porque têm função de concretizar o direito, embora o Judiciário o faça em menor grau” (em *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15ª ed., Müller, Heidelberg, 1985, pág. 210, nº 550). — Aliás, nesse sentido é expressa a Lei Fundamental alemã ao estabelecer que, enquanto o Poder Legislativo se vincula ao ordenamento constitucional, os Poderes Executivo e Judiciário ligam-se com a lei e o direito (G.G. — art. 20,2).

a condição *stricto sensu* de “funcionário” que a de — mesmo no mais estrito sentido — “agente” do Poder Público, qualidade apresentada por quem quer que exerça legitimamente função de Poder estatal (segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “agente” é sinônimo de “órgão”)²⁶.

Eventualmente argüir-se-á que, como agente da Administração da Justiça, órgão do Poder Judiciário, o juiz não é parte da Administração Pública: esta envolverá simplesmente os representantes do Poder Executivo ou, quando muito, os elementos incumbidos de função executiva em qualquer dos Poderes do Estado ou, ainda, mercê de interpretação ampliativa, dela participarão juízes enquanto expedem atos administrativos ou de jurisdição voluntária.

Descaberia por inteiro essa impugnação.

E improcederia, porquanto — em primeiro lugar —, pela sua natureza e por circunstância tópica, o art. 37 da CF não se restringe ao disciplinamento do regime jurídico dos servidores do Poder Executivo, porque sua parte capital enuncia cogentemente princípios a serem atendidos na ação dos três Poderes do Estado, não apenas no procedimento de seus agentes administrativos; *alter*, por demais, até historicamente o juiz é agente de ação executiva quanto qualquer membro dos serviços estritamente executivos, incumbidos de aplicação da lei, desde que ambos estejam sob a égide do Estado de Direito; *tertius*, em face da hermenêutica constitucional, por um critério de interpretação ou de aplicação de norma da *Lex Legum*, confirma-se a aplicação dos preceitos do art. 37 a todos quantos não podem escapar da classificação de *agentes do Estado*, nem mesmo os juízes (repelida a qualificação de órgãos privilegiados de um “Poder soberano”, como se pretendia fosse o Judiciário...).

15. Efetivamente: a incumbência de *administração* da Justiça, que se convencionou aplicar ao desempenho de serviços objetivados pelo Judiciário, nada mais é que o trabalho exercido pelos juízes nos termos de um complexo de leis a que se denomina “organização judiciária” (DE PLACIDO E SILVA), o qual só difere nominalmente de todos os demais complexos de leis que regem outros serviços públicos (*serviços tributários, magistério superior, forças armadas...*) porque, aqui, se trata de regular o trabalho de um setor chamado Justiça. Não podemos compreender em que sentido os juízes serão mais qualificados como órgãos de um serviço do Estado do que os advogados da União, os membros do Ministério Público ou os das Forças Armadas, às últimas das quais incumbe a preservação e o asseguramento da soberania externa e interna da Nação, “à

²⁶ Em *Responsabilidade Civil*, 2ª ed. For., 1991, nº 103: “Todo agente da administração, mesmo subalterno, é um órgão da pessoa jurídica sem se cogitar da relação de preposição”.

defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem" (CF, art. 142).

Ainda recentemente (n.º 57, de janeiro-março de 1991) a *Revue Française d'Administration Publique*, editada pelo "Institut International d'Administration Publique", publicou número especial sobre "L'Administration de la Justice", em que se deteve longamente num estudo comparado sobre a crise do aparelhamento da Justiça, um tema rigorosamente igual a tudo que se discute, também universalmente, sobre os problemas institucionais da Administração Pública.

Portanto, cuidar da Administração Pública, como ordena o art. 37 da CF de 1988, não pode deixar de envolver o interesse da Administração da Justiça: apenas a segunda é um *minus* em relação à primeira, como sustentamos acima, a propósito dos Poderes Executivo e Judiciário.

Acrescente-se: qualquer estudo *aprofundado* do que se entende por *administração pública* não poderá deixar de compreender a *administração da justiça*, de como se verifica no excelente livro do Prof. WERNER THIEME, da Universidade de Hamburgo²⁶, sobre "A doutrina da Administração", onde se detém na organização da Justiça, apresentada como componente da Administração Pública e, especificamente, como elemento do controle interno de seus procedimentos. Idem nos Estados Unidos, nação cujo progresso material e institucional carece de exaltado, onde a Administração Pública está colocada no plano de uma *ciência* que desde sua virtual fundação por WOODROW WILSON, com obra de 1887 (*The Study of Administration*), só tem feito acumular conteúdo de alto teor político²⁷. Aliás, nem se poderia compreender fosse diversa a abrangência dos estudos da Administração Pública, cujo papel essencial é a realização das ações executivas do Estado, inclusive as do Poder Judiciário, que até historicamente é filial do Poder Executivo, conforme destacamos acima, trazendo à colação observações do francês TROTABAS e do alemão HESSE (v. nota 24).

16. Conquanto não seja este o argumento fundamental, freqüentemente se apresenta — tanto no Brasil quanto algures — como fundamento da irresponsabilidade do Estado pelos atos de juiz a circunstância da irretratabilidade da coisa julgada: permitir que um indivíduo pretenda certa indenização a pretexto de que teria padecido dano em consequência de coisa julgada, isso equivale a reabrir uma discussão socialmente impossível, é como JOSÉ DE AGUIAR DIAS situa essa questão no seu livro *Da*

26 *Verwaltungs — Lehre*, ed. Carl Heymanns, Colônia, 1967, págs. 291 e segs.

27 A propósito vejam-se os livros de LEONARD D. WHITE, "Introduction to the Study of Public Administration", 3ª ed. Macmillan, 1926, "modelo durante uma geração", segundo DWIGHT WALDO, Professor de Ciência Política na Universidade da Califórnia, em *Estudio de la Administración Pública*, tradução espanhola, ed. Aguilar, 1964, pág. 44.

*Responsabilidade Civil*²⁸. Com citação de DUEZ, e com ele concorde, escreveu o jurista patricio que o mestre francês admitiu a tese apenas no caso dos pleitos fundados em atos jurisdicionais propriamente ditos, sem abrangência dos atos preparatórios ou de execução, e dos atos de agentes não jurisdicionais, embora subordinados às autoridades judiciais.

A propósito, ainda da irresponsabilidade do Poder Público pela irremovibilidade de coisa julgada, só nos casos de revisão e de rescisão desta seria admissível pudesse o particular obter o ressarcimento de prejuízo acarretado por decisão ilegal — assim sentenciava PEDRO LESSA em obra do primeiro quartel deste século²⁹. O direito legislado nacional, mais tarde, viria admitir a responsabilidade do Estado em tal caso, como visto no art. 630 do Código de Processo Penal, e, de modo ainda mais amplo, no art. 5.º, inciso LXXV da Constituição Federal, que contempla o "condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Com relação ao estabelecido nesse mencionado inciso LXXV da Carta da União, que impõe ao Estado indenizar a vítima de erro judiciário, entendemos que seu alcance vai além do que se dispusera no art. 630 do CPP, visto como a referência ao "condenado por erro judiciário", posta numa cláusula garante de "direitos e deveres individuais e coletivos" — qual o art. 5.º do Diploma de 1988 — tem aplicação em todos os campos em que o indivíduo possa ser *condenado*: no juízo criminal, como no civil, no trabalhista ou no militar e até no eleitoral, enfim, onde quer que o Estado, mesmo através do Ministério Público, tenha sido provocador da condenação.

Dessa forma, conjugada a norma nova desse art. 5.º, LXXV com a do art. 37, § 6.º, dúvida não poderá remanescer de que o Estado é plenamente responsável por todos os prejuízos que erros judiciários eventualmente causem aos elementos da coletividade.

É interessante registrar que apesar de vários juristas já terem tido oportunidade de comentar todo o art. 5.º da CF de 1988, nenhum deles haverá tido a percepção de quanto contido no seu inciso LXXV. Não perceberam a amplitude da cláusula comentada, CRETELLA JÚNIOR, nem CELSO RIBEIRO BASTOS ou PINTO FERREIRA, nem EUGENIO HADDOCK LOBO e JULIO CESAR LEITE; apenas HELY LOPES MEIRELLES, na última edição de seu festejado *Direito Administrativo Brasileiro*, publicado durante sua vida (a 15.ª, de 1990), embora superficialmente, destacou esse alcance do inciso LXXV, em tela, comentando-o fora de seu aspecto puramente criminal, *in verbis*: "O ato judicial típico,

28 6ª ed. Forense, 1979, pág. 323 do vol. II.

29 Em seu clássico *Do Poder Judiciário*, Liv. F. Alves, 1915, pág. 164.

que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, como dispõe agora a Constituição de 1988, em seu art. 5.º, LXXV. Ficará, entretanto, o juiz, individual e civilmente, responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do Código de Processo Civil, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário, se equiparam aos demais atos da Administração, e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública” (pág. 554).

Temos por ocioso registrar que a hermenêutica constitucional há de ser feita em termos de *construção*, donde CARLOS MAXIMILIANO ter aconselhado observar que o “Código Fundamental” tanto prevê no presente como prepara o futuro, visando a tornar efetivos e eficientes os grandes princípios de Governo, que, consoante STORY, de quem nosso autor aproveita um período, “é uma coisa prática, feita para a felicidade do gênero humano”; outo tanto, ainda de MAXIMILIANO o pensamento, as palavras da Constituição devem ter seu sentido ampliado, de modo que abranjam outras relações mais extensas³⁰.

Em face dessas considerações, é evidente que ademais do estabelecido no art. 37, da Carta, para explicitar a amplitude dos termos em que o Estado será responsabilizado pelos atos que seus *agentes* ou *órgãos* — na área de qualquer de seus Poderes, inclusive do Judiciário — haja praticado em lesão de interesses ou bens jurídicos de terceiros, ficou à sociedade explicitado que isso também acontecerá nos casos de erro judiciário, obviamente quando qualquer condenação prévia tenha sido corrigida por via de ação anulatória ou rescisória.

17. A margem de qualquer consideração sobre a inviabilidade de ser pretendida a responsabilização do Estado por ato jurisdicional cristalizado em *cousa julgada*, porque isso o pensamento jurídico tem assentado sem discrepância, cabe apreciar o *quid* das outras eventuais fontes de prejuízo verificadas nos erros ou nas faltas graves de juiz. Conforme temos expendido, ademais dos *atos administrativos* e dos proferidos no exercício de *jurisdição voluntária* (v. g., nos casos dos arts. 294, 420 e 421 do CC), a função precípua do magistrado reside na prática de funções jurisdicionais e, portanto, na expedição de *atos jurisdicionais*.

A propósito dos primeiros, *id est*, dos atos administrativos realizados em sede judiciária, bem como dos atos proferidos na jurisdição voluntária,

³⁰ *Apud, Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4ª ed. F. Bastos, 1947, nºs 358 e segs.

mesmo anteriormente à promulgação da atual Constituição, já havia ponderável corrente que se inclinava pela plena responsabilidade do Estado, de como se vê em excelente colaboração de CRETELLA JÚNIOR publicada na RDA, em seu n.º 99, de 1970, sob o título "Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais"³¹. Entretanto, conforme referência de AGUIAR DIAS — e sob sua autorizada e severa crítica, *in casu* —, ainda há decisões, mesmo do Supremo Tribunal Federal, que "dominadas por falsos pressupostos até acobertam atos administrativos dos juizes, confundindo-os com os de caráter jurisdicional" (ob. e vol. citados, pág. 326, em nota de rodapé).

18. Conforme assinalado pelos estudiosos do tema ora abordado, *ut supra*, é universal a tendência para impor ao Estado a direta responsabilidade de ressarcir o prejuízo que seus agentes ou órgãos causem a outrem. Entretanto, embora algumas Constituições modernas tenham colocado a matéria em preceito constitucional — como a Itália, em 1947, e a Alemanha, em 1949 —, nenhuma deu ao princípio da responsabilidade do Estado a amplitude da Carta Federal do Brasil.

No caso da Constituição italiana, seu art. 28 estabeleceu: "Os funcionários e os dependentes do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos realizados com violação de direitos. Em tais casos a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos entes públicos". Os comentaristas que muito se vêm ocupando da interpretação dessa norma têm sustentado que ela substituiu o princípio que se tornara tradicional, a responsabilidade direta do Estado, por uma responsabilidade direta dos servidores e, num óbvio retrocesso, colocou a solução jurídica no plano da responsabilidade por culpa: entretanto — e a observação é de GUIDO ZANOBINI³² —, a jurisprudência destes primeiros anos de aplicação do Diploma de 1947 se tem mostrado adversa ou pelo menos pouco convencida da solução constitucional, do mesmo modo que na doutrina não faltam autores que acenunciado referido dão interpretação contrária ao que sua letra sugere. E o próprio ZANOBINI sustenta: "Independentemente das novas disposições constitucionais, o princípio geral da responsabilidade direta do Estado apresenta, com base nas leis do velho ordenamento, algumas normas excepcionais que, devendo conservar-se agora vigentes, devemos brevemente voltar a aplicar", inclusive por particulares razões e prevalentemente históricas (ob. e vol. cits., pág. 345).

31 Tal estudo agora se encontra aproveitado pelo mestre paulistano em seus Comentários à Constituição de 1988, na 2ª ed. do vol. II, págs. 820/852.

32 In *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed. Giuffrè, Milão, vol. I, págs. 343/344.

Outro jurista acerbamente crítico do art. 28 da Constituição italiana é seu comentarista VINCENZO CARULLO, da Universidade de Bolonha, que o qualifica de radical e gravemente inovador, embora sugerindo determinada aplicação hermenêutica que poderá melhorá-lo, na sua aplicação³³.

Quanto à Lei Fundamental de Bonn, esta — de como visto na sua letra — colocou-se dentro da corrente moderna, afirmativa da responsabilidade direta do Estado; e de tal forma é o seu espírito e a orientação das correntes doutrinárias germânicas que a jurisprudência lhe vem dando aplicação, até quando o Estado exercita funções mediante particulares³⁴.

19. Não resta dúvida que existe universal tendência para ampliar o campo das responsabilidades do Estado, seja a *responsabilidade civil* propriamente dita, de regime obrigacional, ou a de outras espécies, regidas pelo Direito Público e resultantes das atuações omnímodas dos Poderes com que se exerce a ação do Estado: neste último caso se situa a *responsabilidade por atos de juiz*, sejam administrativos, de jurisdição graciosa ou propriamente jurisdicionais, desde que eivados de defeitos e causadores de prejuízos a terceiros. O caso da Constituição da Itália, onde verificado genuíno retrocesso na assinalada tendência ampliativa das responsabilidades do Estado, além de ter sido insólito, está sendo enfrentado por inequívoca repulsa dos formadores de opinião doutrinária como da jurisprudência.

Por tudo isso, a orientação do constituinte brasileiro, que em 1988 elaborou nossa vigente Constituição, é merecedora de louvores, visto como evidenciou-se perfeitamente coerente com o movimento universal pertinente ao tema de que nos ocupamos e coerente mesmo com o quadro nacional, que CARLOS MARIO VELLOSO tão bem apresentou, no seu comentado estudo de 1987.

É certo que no plano do civilismo tem sido forte a resistência ao alargamento da responsabilidade do Estado, como JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ilustrou amplamente em seu trabalho sobre a *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, de 1970; no entanto, os publicistas — que comandam esse movimento de alargamento da responsabilidade — têm sido vitoriosos, desde a Europa, conforme o demonstramos no curso deste trabalho. E a enfatizar tal asserto, numa demonstração de quanto repercutiu

33 Em *La Costituzione della Repubblica Italiana*, vol. I da ed. U.P.E.B., de Bolonha, 1948, págs. 77/79.

34 Ver no *Verwaltungs Archiv*, vol. 64, caderno 4, de 1º-10-73, págs. 433 e segs., a colaboração do Dr. ALBERT von MUTTUS, da Univ. de Münster, sob o título "Zur Staatshaftung bei Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private".

entre nós o que se classificou lá fora como movimento de *publicização da responsabilidade do Estado*, temos à mão obra excelente, uma tese apresentada na Universidade Federal do Rio de Janeiro em 1941, pelo Professor ALCINO DE PAULA SALAZAR, que se concluiu destarte: "I — o princípio dominante, como regra geral, em doutrina, quanto aos danos que ao patrimônio cause o exercício da atividade do Estado é o da plena responsabilidade deste pelas conseqüências do funcionamento dos serviços públicos, objetivamente consideradas, compreendendo os atos de qualquer natureza que os seus agentes pratiquem, por ocasião ou por motivo da execução dos referidos serviços, sendo fundamento dessa responsabilidade a idéia solidarista da equitativa distribuição dos *onus* e encargos públicos entre todos os membros da comunhão política; II — este princípio geral, que está naturalmente sujeito a limitações, tem aplicação aos atos do Poder Judiciário, com exceção dos que constituam coisa julgada"⁸⁵.

No concernente à colocação da responsabilidade do Estado em circunstâncias como a de nós ora apreciada, que tem merecido apropriada colocação em regime de Direito Público, põe em causa — a nosso ver — a derrogação do título com que vem sendo estudada, "responsabilidade civil". — Por que *civil*?

Essa locução tem óbvia origem na matriz de nosso Direito Privado, conquanto haja padecido necessária alteração ao passar a ser utilizada em relação ao Estado, uma entidade de Direito Público, que, todavia, frequentemente opera com relações civis, donde se ter engendrado a expressão *responsabilidade civil do Estado*. Acrescente-se que a locução em tela, indicando a reparação de dano injustamente causado, tem origem no princípio do *neminem laedere* e colocação tópica no Direito das Obrigações.

Entretanto, desde o momento em que a responsabilidade do Estado passou a ter outra fundamentação jurídica — decorrendo da equalização dos encargos que o Estado impõe aos membros da comunidade — e regime jurídico publicístico, parece-nos absolutamente imprópria a continuidade do emprego da locução *responsabilidade civil*: em vez disso e como neste caso se trata da *responsabilidade do Estado por atos de juiz*, recomendado é que se abandone o adjetivo "civil", por sua absoluta impropriedade e inadequação, na espécie.

Afinal, até porque isso é decretado em nossa Constituição Federal; o regime político regulador da vida da Nação é do Estado Social e de Direito, onde o comando das suas ações se inspira no exceler o social em face do individual; falar em responsabilidade civil nas circunstâncias como as ora estudadas soa como diapasão de peça de museu jurídico.

⁸⁵ *Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais*, ed. Gr. Canton & Relle, Rio, 1941, págs. 85/86.

Serviço Público - Função Pública - Tipicidade - Critérios Distintivos

HUGO GUEIROS BERNARDES

SUMÁRIO

1. *A função pública.*
2. *Os rumos da legislação brasileira.*
3. *Critérios da tipicidade da função pública.*
4. *Contornos de tipicidade.*
5. *Função pública e tutela legal.*
6. *Conclusões.*

1. A função pública

A finalidade do Estado é, precipuamente, a de prestar serviço público: trata-se, diz OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1.^a ed., 1969, p. 141) de "processo técnico especial de satisfação das necessidades coletivas, de comodidades públicas".

O serviço público, cuja definição se tornou crescentemente polêmica (v. CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.* infra, pp. 489 e ss.), é, no que nos interessa aqui, delimitado pela função administrativa, que se desdobra em atos e contratos administrativos.

Essa função pública "é o Estado em movimento, em ação de comando legal, praticando atos e realizando serviços" (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, S. Paulo, 1979, p. 47). Tal função "impõe-se através da organização, distribui-se pelos poderes, manifesta-se pelos órgãos, torna-se efetiva com a atuação das pessoas" (*ibidem*). Para isto, há pessoas incumbidas da função pública (daí serem "funcionários"), às quais compreendem atribuições peculiares ao cargo público que ocupam.

Pode-se distinguir, no gênero agentes públicos (os que participam de maneira permanente, temporária ou acidental da atividade do Estado), como faz JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, Rio, 1983, pp. 483 e ss.), as espécies funcionário e empregado público, ambos compreendidos na expressão servidores públicos; mas distinguindo-se, ainda que precariamente, os primeiros, os funcionários, pela essencialidade das atribuições inerentes à função pública que lhes está cometida por lei. Os empregados públicos, em princípio — porque a realidade às vezes o desmente —, não estariam incumbidos de igual função pública na Administração estatal.

MARCELO CAETANO (*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1977, p. 384), que adota noção mais estrita de agentes públicos, conclui que “o regime de Direito Público de prestação de serviço à Administração será caracterizado pela existência de deveres específicos de fidelidade e lealdade ao País, refletidos no dever de respeitar e fazer respeitar a legalidade vigente e nas particularidades de regulamentação da obediência às ordens superiores”.

Para ele, “o agente da Administração que estiver submetido a esse regime poderá ser qualificado... de harmonia com o critério inicialmente definido”, isto é, o de atribuir a condição de funcionários públicos aos que estão incumbidos da “gestão pública” (*ob. cit.*, pp. 372-373). Pois existem agentes funcionários e agentes não-funcionários. Tratar-se-ia de identificar a predominância de gestão pública ou de gestão privada.

Explicando que o critério que leva a distinguir, dentre os que servem a determinado Ministro, os que têm função de autoridade pública e os que fazem apenas administração de patrimônio ou de serviços técnicos, encontra dificuldades na prática — propõe que se faça depender a qualidade do agente administrativo do grau de intensidade da participação na atividade característica dos órgãos da Administração; o que explicaria porque um agente policial ou fiscal deveria ser considerado agente administrativo e um mero escriturário ou um engenheiro poderia não o ser; e a razão pela qual o imediato colaborador e executor do Ministro, na hierarquia dos serviços, deveria ser agente administrativo, ainda quando os seus subordinados não o fossem (*op. cit.*, pp. 373-374).

Depois de esclarecer que há mais semelhanças hoje do que diferenças entre o tratamento jurídico dos servidores privados e servidores públicos, assinala que a diferença mais relevante, que se pode considerar característica do regime de direito público, reside na imposição do *dever de fidelidade ou de lealdade* ao seu País, que acarreta deveres negativos correlatos: neutralidade nas lutas partidárias no exercício das funções públicas; evitar em público criticar os poderes constituídos e os governantes, salvo o direito de expressão correta de pontos de vista sobre os negócios do Estado; não exercer cargos diretivos em organizações que se proponham alterar o regi-

me político consagrado na Constituição vigente etc. (pp. 379-380). Dever específico, esse, que é consagrado mesmo nos países mais liberais como a Grã-Bretanha e a Suíça.

Ao que acrescento: e com maior razão isto deve existir em regimes parlamentarista ou que caminham nesse sentido, dada a aguda necessidade de preservar quadros estáveis nas funções de gestão pública, para aparar os efeitos das crises de gabinete ministerial. Para evitar que se retorne aos tempos do *spoil system* (MARCELO CAETANO, *op. cit.*, p. 362), sistema de despojo, “quando as funções públicas constituíam os despojos da batalha eleitoral que, por direito, pertenciam à facção vitoriosa”, coisa de que não se distanciou suficientemente o Brasil.

As funções públicas essenciais ou diretas são aquelas ligadas “à própria substância da administração”, sem as quais ficaria o Poder Executivo “inabilitado para preencher a sua missão” (ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ministério da Justiça, Rio, 1866, reedição de 1968, p. 78). “Serviço público é a utilidade que por meio dos seus atos alguém presta à sociedade ou a parte dela. Função pública é uma fração do Poder Social; envolve as idéias de autoridade e mando em relação aos interesses do Estado” (*op. cit.*, p. 79). Completa RIBAS: “Na hierarquia administrativa os agentes, a quem elas (as funções administrativas essenciais) estão confiadas, exercem, pois, natural supremacia sobre todos os que apenas são destinados a auxiliá-los” (p. 78).

Hesita a doutrina entre a existência do contrato de direito administrativo, da Administração pública com seu funcionário, para o exercício da função pública (MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Rev. Tribunais, S. Paulo, 1974, p. 179); ou de simples ato administrativo (OTTO MAYER, MARCELLO CAETANO); ou ainda de um regime legal estatutário (DUGUIT, HAURIOU, D’ALESSIO, *apud* DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETTO, *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Forense, Rio, 1983, p. 186).

Esta discussão foi perdendo sentido na medida em que a diversidade de ações do Estado na ordem econômica e social gerou também a diversidade de vínculos com os que lhe prestam serviços. Mas resta, ainda, a idéia de um núcleo central da administração pública, cercado de maiores garantias (regime estatutário ou não) em razão da tipicidade ou essencialidade de suas funções.

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16.ª ed., 2.ª tiragem, Rev. Tribunais, São Paulo, 1991, pp. 66 e ss.), estes “funcionários” são subespécie dos agentes administrativos (os servidores submetidos ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem), estes, por sua vez, uma espécie do gênero agentes públicos, que compreende, além dos agentes administrativos, ainda os agentes políticos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

"A natureza da administração pública é a de um *munus público* para quem a exerce, isto é, de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado." (HELY, *op. cit.*, p. 76.)

Talvez se encontre em MASSIMO SEVERO GIANNINI (*Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milão, 1970, pp. 435-541) o mais extenso e preciso exame da atividade administrativa em relação aos seus exercentes, os servidores públicos.

Primeiro, GIANNINI lembra as atividades que a Escola de Viena chama *immediatas*, isto é, que podem ser comuns à atividade pública e à atividade privada (gerir escolas, ferrovias, hospitais; construir estradas, pontes, estádios; realizar estudos, pesquisas, explorações; organizar mercados, observatórios, empresas); e *mediatas*, ou, segundo outros, *coercitivas*, autorizativas, publicísticas, que só a administração pública pode exercer: impor ao particular que se deixe interrogar, introduzir unilateralmente certas cláusulas num contrato, desapropriar, requisitar, impor tributos, determinar a evacuação de uma localidade.

Ao conjunto das atividades que os órgãos administrativos desenvolvem pode-se chamar, de modo geral, funções administrativas, diz GIANNINI. Quanto ao conteúdo, porém, nem todas as atividades exibem um mínimo próprio da função administrativa ou têm a relevância para serem tidas como tais. Daí porque GIANNINI distingue *funzioni pubbliche in senso enfatico*. Fazendo-se ainda hoje a distinção entre serviço público e função pública, notadamente para efeitos penais no direito italiano, parece evidente, segundo a doutrina, que é função pública a atividade que seja manifestação direta da autoridade e até da soberania do Estado.

Daí porque a atividade do Poder Legislativo e do Poder Judiciário é sempre pública, mas a do Poder Executivo somente o é nas manifestações que sejam, em si mesmas, autoritativas, tal como a atividade de diplomacia, Ministério Público, polícia, assim como a militar e a tributária; outras manifestações seriam serviço público e não função pública. Sem falar, é claro, nas atividades de soberania, que estão acima de qualquer dúvida, qualquer que seja o sentido com que as entendemos (*op. cit.*, p. 449).

Haveria, além disso, outras funções públicas, mas não em sentido enfático: exemplo de situação duvidosa é a do professor público, de quem se diz que é encarregado de serviço público quando ensina e é *pubblico ufficiale* quando examina e emite um juízo com eficácia legal. Daí concluir

GIANNINI que a noção de função pública “vale con riferimento a qualifiche del titolare dell’ufficio più che con riferimento all’attività in sé considerata” (p. 450). Até porque, conforme demonstra em seguida, existem atividades públicas, hoje, que, sem serem função pública, são objetivamente públicas pela inerência do interesse público (pp. 451 e ss.).

É sugestiva a colocação deste problema que faz RENATO ALESSI (*Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 4.^a ed., 1978, pp. 100 e ss.): para existir o funcionário público é necessário que ocorram: 1) enquadramento no sistema organizativo da administração pública; 2) atribuição de uma função pública “vera e propria”, isto é, atividade volitiva ou, quando menos, ideológica, voltada para o exercício (ou para favorecer o exercício) da autoridade pública. Se faltar o primeiro elemento, podemos ter o *pubblico ufficiale* (diríamos, serventuário público, o dos cartórios, por exemplo), mas não o funcionário. Se faltar o segundo elemento, temos o empregado público.

2. Os rumos da legislação brasileira

O art. 37 da Constituição é de alcance deveras controvertido, porque se refere à “administração pública direta, indireta ou fundacional”, no que muitos querem ver a inclusão de todos os servidores referidos no art. 39 e ainda, pelo menos, os das empresas públicas e sociedades de economia mista.

É polêmica para não ter fim, sobretudo se considerarmos que, aos servidores referidos no art. 39 da Constituição Federal (v. seu § 2.^o), aplicam-se diversos incisos do art. 7.^o (direitos dos trabalhadores em geral), enquanto aos das empresas públicas e sociedades de economia mista, são aplicáveis todos os direitos dos trabalhadores em geral (art. 173, § 1.^o, da mesma Constituição), logo, todo o art. 7.^o, como também os arts. 8.^o, 9.^o, 10 e 11, com as ressalvas, quanto ao direito de negociação coletiva, de sindicalização e de greve acaso constantes dos arts. 8.^o, parágrafo único, 37, VI e VII, e 42, § 5.^o, da mesma Constituição em vigor.

Apesar de a Constituição impor, como vimos, um regime jurídico único (art. 39) para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, a Lei n.º 8.112, de 11-12-90, deu, no seu art. 2.^o, conceito restrito de servidor: “é a pessoa legalmente investida em cargo público” sendo este, o cargo público (art. 3.^o), “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que deveriam ser cometidas a um servidor”. Ora, esta estrutura é a dos “cargos público-acessíveis a todos os brasileiros”, “criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão” (art. 3.^o, parágrafo único).

Entretanto, pode ocorrer a prestação de serviços contínuos à Administração Federal, embora em caráter temporário (máximo de 48 meses, art. 233, § 1.º, III) ou emergencial (arts. 232-235 da Lei n.º 8.112), mediante processo seletivo simplificado (exceto para atender a situações de calamidade pública ou para substituir professor ou admitir professor visitante), vedado o desvio de função sob pena de nulidade. E essas contratações (que não se enquadram na definição citada de "servidor") terão os mesmos padrões de vencimentos dos "servidores", exceto na contratação de profissional de notória especialização, inclusive estrangeiro (art. 233, V, c/c 235), "nas áreas de pesquisa científica e tecnológica", quando serão observados "os valores do mercado de trabalho".

Poderia coexistir com o regime estatutário o regime da legislação do trabalho? Há disposições constitucionais que, a despeito do rigor do "regime jurídico único" (CF., art. 39), parecem admitir a concorrência com o regime trabalhista, tal como sustentado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed. RT, 1990, pp. 85-86, conforme citado no livro do mesmo autor, com outros, *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, RT, 1991, p. 181, in *Servidores Públicos*, por MÁRCIO CAMMAROSANO).

A teor dos arts. 39, XVII (acumulação de "empregos" na administração pública), 51, IV (empregos, na Câmara dos Deputados), 52, XIII (empregos, no Senado Federal), 61, § 1.º, a e c (criação de empregos na administração direta e autárquica, por lei, e definição, por lei, do regime jurídico dos servidores em geral), 114 (competência da Justiça do Trabalho para julgar dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, aí incluída a administração pública), todos da Constituição, parece possível ao legislador criar o regime jurídico trabalhista, ou outro qualquer, para a administração pública. Mesmo que sobrevenha lei que institua o regime trabalhista na administração pública, o regime jurídico único deverá continuar a abranger a todos os "cargos públicos", permitido, em princípio, apenas o emprego temporário. Mas este não precisa ter necessariamente o regime estatutário (em contrário, v. MÁRCIO CAMMAROSANO, *op. cit.*, pp. 182-186, sustentando imprescindível o regime de direito administrativo até mesmo para os "temporários").

Tudo isto significa que:

a) o regime jurídico único instituído pela Lei n.º 8.112, de 11-12-90, não exclui, mas autoriza, diferentes planos de carreira, entre os Poderes da União, ou dentro de cada um deles;

b) somente não parece mais possível privilegiar o regime jurídico de qualquer desses planos, vale dizer, não parece possível excepcionar o regi-

me jurídico único, seja para reduzir ou eliminar, seja para ampliar ou acrescentar algo em relação a determinada categoria ou carreira;

c) mas tudo que concerne aos respectivos planos de carreira, ressalvada a preservação da isonomia, pode apresentar as diversidades que se fizerem necessárias, em especial se fundadas em aspectos peculiares da função a ser exercida;

d) o regime jurídico único, apesar do tom enfático da Constituição e da Lei n.º 8.112, não esgota o gênero dos que servem em caráter contínuo ao Poder Público (e que, portanto, deveriam, todos estes, chamar-se servidores públicos), podendo existir os de que tratam os arts. 232 a 235 da Lei n.º 8.112, além das “tabelas em extinção” do seu art. 243, § 6.º, e dos que sejam contratados ou simplesmente admitidos a prestar qualquer serviço na condição inevitável de empregados, especialmente nas autarquias e fundações; previsão inadvertida constante, dentre outros, do art. 37, XVII, da Constituição, e que, é bom que se lembre, corresponde a um vício secular (se não é verdadeira necessidade prática) da administração pública, sobretudo em relação a funções subalternas;

e) o regime jurídico único não está, de qualquer modo, adstrito às funções públicas típicas, mas a todos os cargos públicos da União, de suas autarquias e fundações.

O que nos leva a retomar o tema da tipicidade, não para efeito do regime único, mas, sim, das carreiras específicas dentro desse regime, todas elas, segundo nos parece, carentes, para existirem, de prova da sua tipicidade.

3. Critérios da tipicidade da função pública

Procuremos resumir o que de limitações se colhe nessas propostas doutrinárias para a configuração teórica do verdadeiro funcionário público:

1. prestação de serviço público em favor da coletividade: *finalidade*;
2. que envolve o mando estatal: *autoridade pública*;
3. para atendimento de necessidades públicas a que o Estado se obrigou: *essencialidade*;
4. que só a administração pública pode exercer: *exclusividade ou tipicidade*;
5. tendo caráter principal na atividade do agente público: *predominância ou intensidade*;
6. e importando, para o agente, deveres públicos e acréscimo de limitações na esfera das liberdades cívicas: *munus público*;

7. principalmente em razão da qualificação funcional do agente ou da designação que recebe: *individualização*;

8. e sobretudo se a tarefa é referente à soberania do Estado: *excelência*.

Os quatro itens iniciais referem-se ao grau de vinculação da função exercida com a autoridade estatal: a exclusividade ou tipicidade (n.º 4) fornece a conceituação mais estrita de função pública. Os quatro últimos itens referem-se à pessoa do agente público considerado: a excelência (n.º 8) também fornece a conceituação mais estrita.

Assim, o diplomata, por exemplo (necessariamente brasileiro nato, Constituição, art. 12, § 3.º, V), enquadra-se nas exigências mais estritas de tipicidade: sua função é exclusiva da administração pública e tem ainda a particularidade de encerrar manifestação direta da soberania nacional no seu mais amplo significado.

O Ministério Público (Procuradores da República, no caso da União; nos Estados, Defensores, Promotores, Curadores), quase independente do Poder Executivo, somente não representa a soberania do Estado, mas, paralelamente, é representante legal da sociedade, contra os próprios governantes, se necessário, para a defesa de interesses sociais mais relevantes (cf. art. 129 da Constituição), razão pela qual lhe é vedado, salvo exceções previstas em lei, o exercício de atividades político-partidária (art. 128, II, e).

As forças armadas, cujos oficiais devem ser brasileiros natos (art. 12, § 3.º, VI, da Constituição), já são instituições subordinadas ao Presidente da República (art. 142), não dispendo de representação da soberania nacional ou da sociedade. Mas a sua destinação constitucional (defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem) as coloca na fronteira do exercício da soberania e da autoridade suprema, ainda que secundando decisões do Presidente da República.

A função policial (segurança pública), também típica da administração, porque dever do Estado (art. 144, *caput*), fica por sua vez sujeita (art. 129, VII) ao controle externo do Ministério Público, conforme a esfera de atuação, federal ou estadual; ou ainda, na forma da lei municipal (art. 144, § 8.º). Entretanto, guarda estreita relação com a organização militar, exigindo uma série de hierárquicas funções, todas igualmente típicas.

As funções do Tribunal de Contas são assemelhadas às do Poder Judiciário (cfr. arts. 73, *caput* e 96 da Constituição), ao qual, entretanto, não pertence o Tribunal de Contas, pois é órgão auxiliar do Poder Legislativo (arts. 70 e 71), sob a mediação, para efeitos de orçamento e créditos adi-

cionais, de Comissão Mista Permanente do Congresso Nacional (arts. 72 e 166 e §§).

Mais que no Poder Executivo, no Poder Legislativo, no Poder Judiciário, no Tribunal de Contas e no Ministério Público, há funções de tal modo típicas e vinculadas ao exercício do poder político, que o problema, ali, está nas funções auxiliares que, na respectiva esfera de atuação, poderiam reclamar análoga tipicidade.

Na esfera do Poder Executivo, embora igualmente típica, a função de fiscalização tributária apresenta acentuada diferença de grau, porque não é das que sejam exercidas com a mesma projeção política, nem mereceu o mesmo destaque constitucional, porque revela apenas um dos aspectos de organização administrativa do Poder Público e das atribuições que lhe são inerentes.

Merece, contudo, especial relevo essa atividade, que diz com a própria viabilidade das demais funções públicas. O aparelho arrecadador e fiscalizador do pagamento de tributos é a mola propulsora da administração pública. Aqui, porém, em razão da natureza já de si mesma auxiliar de tais funções, não caberia imputar tipicidade às demais funções a ela ligadas, embora mereçam exame as relacionadas com a contabilidade pública, estas, porém, vinculadas à despesa pública, mas que à receita.

Tudo isto nos leva ao exame, primeiro, da existência, e, depois, do alcance de uma "tipicidade derivada" ou "auxiliar", na tentativa de definir-lhe os limites. Trata-se, como tantas vezes ocorre na taxionomia jurídica, da penosa tentativa de identificar a "zona cinzenta", onde se situa aquilo que verdadeiramente não é função pública típica, mas, por especial contiguidade, poderia assumir igual definição.

Este esforço só terá importância dogmática na medida em que nos possa ajudar a definir, com mais precisão, esses mais amplos.

4. *Contornos de tipicidade*

Embora este estudo tenha sentido doutrinário, não se limitando, portanto, à legislação vigente, convém observá-la, para algumas conclusões preparatórias.

A Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe "sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais" (ementa).

A Constituição vigente, de 5-10-88, no seu art. 39, prevê, para os "servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas" regime jurídico único e planos de carreira, o que parece

autorizar que estes últimos, os planos de carreira, poderão, ou mesmo deverão ser diversificados e não únicos. E parece induzir tal diferenciação, pelo menos, para as carreiras ou grupos que não sejam típicos da administração, ou, então, para qualquer carreira que mereça tal nome, seja ou não afetada de tipicidade.

A advertência é importante para que não se faça qualquer aproximação entre os conceitos de tipicidade e carreira, pelo menos enquanto alguma lei não disser que uma (a carreira) corresponde a outra (a tipicidade).

Por enquanto os "planos de carreira" a que se refere o art. 39 da Constituição nada têm a ver com a noção estreita de "carreira" que vem orientando, ao que parece, a diferenciação de funções mais ou menos típicas da administração pública.

Ora, as funções públicas típicas, concernentes, sem sombra de dúvida, aos servidores militares, técnicos legislativos e judiciários, e, quanto aos civis, aos que exercem predominantemente atividade especializada de ministério público, segurança pública, diplomacia, administração e fiscalização tributária, entre outras — estas funções públicas típicas não depossuir plano de carreira peculiar, juntamente com as carreiras que lhes servem de apoio imediato, quando for o caso e como já vem ocorrendo, faltando por certo a completa formulação de algumas carreiras técnicas, como, por exemplo, as do serviço diplomático.

Assim, a tendência, já confirmada em relação à maioria dessas atividades, é a separação, tanto quanto possível, nítida, entre as funções públicas típicas — aí podendo, conforme o caso, ser incluídas as que lhes servem de apoio imediato —, e as demais funções públicas complementares. Para dar às primeiras o tratamento peculiar que reclamam, em termos de carreira e, conseqüentemente, de deveres e responsabilidades funcionais.

Se o regime jurídico estatutário pode ficar, no futuro, restrito às funções típicas, *lato sensu*, sendo possível converter ao regime jurídico trabalhista ou a outro qualquer regime híbrido as demais funções públicas complementares, sem reforma constitucional — isto é matéria para ser debatida em outra oportunidade.

Convém, a propósito de tipicidade, observar recente projeto de lei que o Tribunal de Contas da União estampou no *DOU* de 21-9-92, pp. 132114 e ss., colocando em situação análoga a Carreira de Auditoria de Controle Externo e a Carreira de Analista de Apoio ao Controle Externo, ambas de nível superior, com categorias funcionais distintas (Auditor e Analista). Trata-se de situação menos comum, de carreiras interdependentes, excepcionando aquilo que supomos ser a regra, isto é, carreiras, numa relação hierárquica, mas de estreita e essencial dependência, como

seria, para exemplificar, o Diplomata e o Oficial de Chancelaria, o Delegado e o Escrivão de Polícia.

Vejamos como se pode admitir possível tal extensão do conceito de tipicidade, sem perder de vista o dever de lhe definir os contornos. Devemos voltar ao tema dos contornos da tipicidade.

Há cargos públicos cujas atribuições, em seu conjunto, ou pelo menos de modo preponderante, só podem ser exercidas em determinados órgãos.

Essa correlação entre as atribuições do cargo e as do órgão em que elas devem ser exercidas apresenta variados matizes.

Assim, para exemplificar, um auxiliar administrativo, *via de regra*, exerce as funções de seu cargo os mais diferentes órgãos da administração pública, porque normalmente as tarefas que lhe são cometidas são comuns a todos eles e ainda porque é amplo o espectro de atribuições compatíveis com tal cargo.

Assim também um servente. Um motorista tem atribuições mais restritas, normalmente vinculadas a determinado órgão incumbido dos serviços gerais, ou do transporte especificamente.

Mas os três têm em comum o caráter subalterno das respectivas funções: mesmo o motorista do Ministro de Estado está destacado para ali servir, mas não tem nenhum direito funcional à permanência em tal posição de aparente supremacia: também ele pode ser destacado para servir em qualquer, dentre muitos órgãos, mantendo ou não a subordinação imediata ao setor que lhe é próprio.

Nos exemplos citados, as atribuições do cargo não guardam qualquer vinculação exclusiva com as funções do órgão a que servem.

Diferente é, por exemplo, a posição do escrivão de polícia ou de oficial de chancelaria: as atribuições de seu cargo, que poderiam ser as comumente exigíveis de um escriturário ou oficial de administração (para usar a nomenclatura contemporânea da criação daqueles cargos), estão legalmente adjetivadas, isto é, restringidas à função policial ou diplomática por força de lei.

Aqui, ao contrário, há vinculação exclusiva das funções do cargo com as de determinado órgão da administração pública.

Evidentemente, isto não basta, porque a tipicidade complementar de que estamos tratando poderia ser facilmente forjada, "especializando", ou seja, adjetivando determinados cargos que não deveriam passar de auxiliar administrativo em geral, por exemplo, e que passariam a ser auxiliares de polícia, auxiliares de chancelaria etc.

Essa especialização deve ter fundamento real e insuperável, o que se pode comprovar satisfatoriamente pelas exigências de qualificação e de conhecimentos especializados aferidos no respectivo concurso público. Assim, a vinculação exclusiva entre as funções do cargo e as do órgão seria comprovada através da regularidade de tais exigências.

Essa regularidade, por sua vez, tem a ver com o caráter natural (e também insuperável) das mesmas exigências de qualificação e conhecimentos especializados. Outra vez, o exemplo esclarecerá mais a idéia.

De um "oficial de administração" não se exigia o conhecimento do serviço peculiar a cada repartição em que pudesse ser mandado servir; de um Oficial de Chancelaria se exige, ainda, que conheça especificamente o serviço peculiar à administração de chancelarias e consulados, repartições às quais está especificamente destinado.

Mais importante: hoje, de um Técnico Superior não se exige o conhecimento de línguas estrangeiras, uma necessidade óbvia e peculiar do Oficial de Chancelaria. O Oficial de Chancelaria é um Técnico Superior Especializado. Se bem que o Técnico Superior ordinariamente representa a cúpula do respectivo Quadro, e o Oficial de Chancelaria ainda tem acima de si a carreira diplomática. Trata-se, porém, como vimos, de diferentes vocações, a administrativa e a diplomática, que somente não se equiparam em razão da sobreexcelência da carreira diplomática, pelas razões de ordem constitucional que apontamos, tal como ocorre, em maior ou menor grau, com as demais funções "típicas por excelência".

O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, do escrivão de polícia: é recrutado através de provas de intenso conhecimento da burocracia policial e de procedimentos administrativos peculiaríssimos, dentre os quais avulta o inquérito policial, no qual o escrivão é peça-chave, embora em caráter de assessoramento direto do delegado de polícia, ao qual está subordinado. É ou deveria ser outro Técnico Superior Especializado. Analogamente, assim deveria estar o Oficial de Chancelaria em relação ao Diplomata.

O que se conclui, até aqui, é que a tipicidade complementar alcança cargos cujas funções, de preferência em nível superior, sejam de imediato e constante assessoramento ou cooperação com as funções típicas em si mesmas, e se caracterizem por certas condições de recrutamento, peculiares — ainda que não exclusivas — da área correspondente à função típica dominante.

Poder-se-ia insistir, ainda, em que, mesmo sendo assim, bastaria então "inventar" funções de "tipicidade complementar" — e o simples apelido legal legitimaria o privilégio decorrente da tipicidade. O argumento prova demais: prova que a tipicidade, sendo uma categoria doutrinária, pode

receber definição legal benevolente que permita os abusos. Limitamo-nos, porém, à delimitação doutrinária, como proposta de recomendável autolimitação ao legislador. O mais será matéria de política legislativa, onde até as posições dogmáticas são objeto de debate e de composições partidárias. Até aí não chega a nossa proposta, que não se atreve a pretender vacinar o serviço público contra exageros e desvios legislativos: *ne sutor ultra crepidam*.

Assim posta a questão na referida área cinzenta em que se situariam as funções típicas complementares, teremos as funções de superior e imediato assessoramento ou cooperação com o ocupante da função típica em sentido estrito. O mais não teria a nota de tipicidade necessária, ainda que, em muitos casos, se pudessem apontar algumas peculiaridades da função. Mas tais casos dificilmente resistiriam ao crivo dos oito critérios abaixo expostos: 1) finalidade, 2) autoridade pública, 3) essencialidade, 4) tipicidade, 5) predominância, 6) *munera* públicos, 7) individuação (qualificação), 8) excelência. Este último, meramente destinado a giziar a tipicidade mais estrita.

5. *Função pública e tutela legal*

Não pode ser esquecido, no trato deste assunto, que a Organização Internacional do Trabalho, através de convenções e recomendações, ou através de indicações da Conferência Internacional do Trabalho ou do Comitê de Liberdade Sindical, tem posição firmada sobre a proteção devida aos trabalhadores em geral, proteção que somente exclui parcela muito pequena de trabalhadores e não toda a gama de funções públicas típicas e complementares de que vimos tratando. O regime "estatutário" da função pública positivamente não conta com a benevolência da OIT.

A Convenção 87, sobre a liberdade sindical, estabelece amplo direito, a ser exercido livremente pelos trabalhadores e empregadores, para organizarem-se na defesa de seus próprios interesses, sem interferência da autoridade pública (como, por exemplo, dissolução ou suspensão pela via administrativa), a qual também fica proibida de impor condições restritivas à aquisição de personalidade jurídica pelas associações de trabalhadores, suas federações e confederações, ficando elas livres para se filiarem a organizações internacionais similares.

Tal Convenção 87 somente permite que a legislação nacional abra exceção para "forças armadas e polícia", em relação às quais tal legislação dirá até que ponto se lhes aplicará a Convenção 87, não podendo restringir leis, sentenças, costumes ou acordos já existentes e que já lhes concedam garantias dessa Convenção.

Esta amplitude é, por certo, a verdadeira causa de não ter sido ainda a Convenção 87 ratificada pelo Brasil, que ratificou, porém, a Convenção 98, a qual veda qualquer discriminação contra a liberdade sindical e prevê a criação, quando necessário, de organismos adequados às condições nacionais para garantir a observância do direito de sindicalização, como também a adoção de medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar a negociação voluntária "na conclusão de contratos coletivos que regulamentem as condições de emprego".

Como se vê, também em relação à Convenção 98, que ratificou, o Brasil ainda é devedor de muitas providências: 1) quanto à garantia do direito de sindicalização; 2) quanto ao fomento do verdadeiro contrato coletivo de trabalho, que se substitui à lei (em sentido mais favorável, no conjunto, é claro) no âmbito de cada negociação.

Não se entende, aliás, hoje, diante do art. 11 da Constituição de 1988, porque não ratifica o Brasil a Convenção 135, sobre representantes dos trabalhadores nas empresas.

Mais decisiva, para o tema em exame, é a Convenção 151, também não ratificada pelo Brasil, que corresponde à Convenção 98 aplicada às relações de trabalho com a administração pública, vedando a discriminação no emprego público, em razão da liberdade sindical, e a ingerência estatal nas organizações de empregados públicos, *ressalvadas as obrigações ligadas à condição e natureza das funções exercidas pelo servidor*. Também prevê medidas de estímulo e fomento à negociação coletiva ou a quaisquer outros métodos em que os representantes dos empregados públicos possam participar de modo determinante, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Essa Convenção 151 deve ser aplicada "a todas as pessoas empregadas pela administração pública, na medida em que não lhes sejam aplicáveis disposições mais favoráveis de outras convenções internacionais do trabalho".

Seria demasiado examinar inúmeras outras convenções e recomendações (v.g., Recomendações 91, 92, 94, 113, 119, 129, 130, 143, 166, Convenções 113, 135, 141, 144, 158) que interessam ao tema, envolvendo a participação sindical e dos representantes dos trabalhadores na execução e na terminação do contrato de trabalho. Elas demonstram, em síntese, o alto grau de participação dos trabalhadores, que se quer alcançar, nas decisões da empresa concernentes aos contratos de trabalho, através de seus representantes; e sempre nos fazem lembrar quão amplo é o direito a essa representação no conceito que a OIT vem desenvolvendo através de tais normas e recomendações. Sem falar nas decisões sobre questões afetas à liberdade "sindical" — embora as normas da OIT falem em liberdade de associação.

Destacamos, portanto, esse importante aspecto do Direito Internacional do Trabalho porque é mais um elemento de prova da “redução de sentido” que, pelo menos em termos da proteção do trabalhador elaborada a partir da OIT, sofre qualquer regime — notadamente o “estatutário” — que pretenda subtrair do Direito do Trabalho a tutela da prestação de trabalho subordinado.

O que nos faz concluir, neste ponto, que não seria muito proveitoso qualquer esforço para abranger, no regime estatutário, serviços que não se diferenciem acentuadamente, pela própria natureza, das tarefas que possam ser igualmente úteis ou mesmo necessárias na esfera privada. Mesmo assim, o mais restritivo conceito ainda deveria contar com resistência em foros como a OIT.

Temos por assentado, porém, que algumas normas internacionais propostas pela OIT, e sobretudo as recomendações, têm um sentido marcadamente prospectivo, destinando-se mais à fermentação de idéias e estudo de alternativas técnico-legislativas, do que, propriamente, à inserção imediata de normas na legislação nacional. O gradualismo, que já é de regra no Direito do Trabalho, melhor ainda se ajusta à inserção das normas de direito internacional do trabalho no direito interno dos diferentes países.

Será, sem dúvida, um aceno convergente com as lições da OIT a limitação do regime de direito administrativo, ou estatutário, aos exercen-tes das funções típicas.

Nada mais que um aceno de convergência, pois, decididamente, o sistema internacional de normas trabalhistas aspira à unificação do regime jurídico, com a ressalva das funções de cunho militar. O que, entretanto, está longe de constituir um dever jurídico para o legislador nacional.

6. Conclusões

As funções administrativas exercidas por funcionários públicos podem ser típicas da administração pública ou necessariamente complementares destas — ou, do contrário, não deveriam ser consideradas funções públicas em sentido estrito.

Sendo evidente a tendência, até mesmo legislativa, de atribuir carreira diversa para as funções públicas típicas, para as quais, em futura reforma constitucional, poderia ser reservado o regime estatutário, torna-se possível vislumbrar a extensão futura do regime da legislação trabalhista (o direito comum do trabalho) para os demais servidores públicos. O que convergiria em parte com as indicações que nesse sentido faz a Organização Internacional do Trabalho, voltadas todas para a maior abrangên-

cia possível da proteção trabalhista, que envolve a negociação coletiva e a greve.

Coloca-se, pois, desde já, o problema (ante a possibilidade de um regime jurídico trabalhista para a generalidade dos servidores públicos conviver com o regime estatutário para as funções típicas) de uma reforma constitucional e legal, tendência que parece vir-se definindo na política da administração pública. Mesmo agora, o regime único de que fala a Constituição, enquanto abranger todos os servidores públicos, não precisaria ser necessariamente o estatutário, como parece configurá-lo a Lei n.º 8.112/90.

Os planos de carreira, que podem ser diversificados, estão sendo o caminho para uma gradual separação das funções públicas típicas, definidas segundo ainda (além da tipicidade) os critérios da finalidade, autaridade pública, essencialidade, predominância, *munus* público, individualização e excelência, anteriormente expostos.

Essa definição, segundo tais critérios, leva-nos a contemplar, de par com a tipicidade estrita, aquela que lhe é necessariamente complementar, ou seja, a de imediato e constante assessoramento ou cooperação com as funções típicas *stricto sensu*, normalmente caracterizadas — as funções típicas complementares — por nível superior de qualificação técnica, análogo ao que corresponde à função típica dominante.

Estas considerações têm em mira provocar maior debate do tema, até mesmo para que se avaliem as vantagens e desvantagens da “reserva” do regime estatutário às funções públicas típicas.

Fica certo, porém, que a exclusão de todo o contingente de servidores públicos da incidência das normas de Direito do Trabalho somente poderia ser bem recebida, à luz da doutrina da OIT e de outros foros internacionais, se, em tudo, ou pelo menos no seu conjunto, esse “diferente” regime jurídico fosse abertamente mais favorável a tais servidores do que o regime “trabalhista”. O que já não acontece em matéria de sindicalização, negociação coletiva e greve; dando assim idéia do quanto e necessário discutir esta definição do regime jurídico de todos os servidores públicos, no Brasil, para que não se agrave a colisão com as normas internacionais citadas.

Embora, em trabalho anterior, já tenha assinalado que a atividade legiferante da OIT começa a destoar da flexibilização normativa atualmente praticada no âmbito das relações de trabalho em boa parte das nações, esse confronto, por ora, não pode deixar de ser evitado, ou, pelo menos, minimizado, o que nos devolve ao tema da limitação possível do regime estatutário às funções públicas típicas.

Considerações Atuais sobre o Controle da Discricionariedade

LUIZ ANTONIO SOARES HENYZ

Juiz de Direito no Estado de São Paulo.
Bacharel em Economia e Mestrando em Direito Público na UNESP (Franca — SP)

SUMÁRIO

1. O tema e sua importância. 2. Os aparentes impedimentos à revisão do ato administrativo. 3. O exame da discricionariedade em juízo. 4. A moderna doutrina portuguesa. 5. A moralidade como noção absoluta da administração legal; contributo para o estudo do fim da discricionariedade como poder. 6. Conclusões.

1. O tema e sua importância

A subordinação à lei é consideração a que não pode fugir a autoridade administrativa. Há muito foi substituído o arbítrio por princípio que comanda a submissão de todas as atividades estatais à ordem jurídica e, na consecução de seus fins, no exercício da função administrativa, as ações dependem de autorização legal e não podem ir além dos limites traçados pelo legislador. O condicionamento de toda atividade administrativa à lei pressupõe a vigência de princípio de legalidade a que se submete o detentor da vontade estatal, denunciando um liame entre o órgão executor e o órgão legislativo que formalizou a vontade abstrata; transformando em ação a vontade apenas enunciada genericamente, o agente público está cumprindo a finalidade visada pelo legislador.

Não se nega, em absoluto, que a autoridade administrativa dispõe de competência para livre apreciação dos fatos inerentes a função e que exerce poder político. Na maioria das vezes pode abster-se, não praticar ato algum facultado pelo ordenamento jurídico, emudecendo enfim os organismos estatais tradicionalmente voltados a realizações práticas de interesse público. Mas quando age, quando passa do mutismo a realizações capazes de adquirir, resguardar, transferir, modificar e extinguir direitos, os atos de administração têm de subsumir-se aos tipos consignados na legislação como únicas formas possíveis de licitamente exercer o Estado sua vontade política. Outras vezes pratica o ato com certo poder discricionário, dando à vontade efeitos segundo um leque de possibilidades permitidas pela lei, devendo então manter-se em conformidade com princípios gerais¹. Nem sempre, é claro, os efeitos do ato são os queridos

1 São os chamados princípios básicos da administração pública, amparados no art. 37 da Constituição Federal: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade.

casos de utilidade pública" (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941).

Situa-se a indagação no mérito do ato administrativo, só verificável, por sinal, quando aparece a faculdade discricionária. Diz-se ser o mérito administrativo a valoração de motivos e a escolha de objeto sempre que a lei autorizar a decisão segundo a conveniência e oportunidade do ato a praticar⁶. Como decorrência da previsão legal, certos movimentos jurídicos de administração somente surtirão efeitos "quando a lei subordina a sua prática a uma condição que limita o seu exercício"⁷. Embora admitindo o exame judicial para a legitimação dos limites da discricionariedade, o antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI realça as dificuldades e os perigos da revisão jurisdicional do ato administrativo, fundando-se no pressuposto de que o julgador adotaria critérios outros que não aqueles próprios do autor do ato.

Dentro desses limites, o administrador público seria livre para agir, respeitados, evidentemente, os condicionamentos da lei. "O primário e o essencial é a norma", escreveu o autor português AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, cujas idéias possibilitaram o moderno entendimento do poder discricionário, querendo significar que a atividade administrativa só se pode exercer dentro da lei⁸.

3. O exame da discricionariedade em juízo

Os impedimentos alinhados pelos contrários à revisão judicial do ato editado segundo as possibilidades legais não resistem à melhor doutrina, nem poderá ser invocado doravante sempre que a decisão do administrador não se conformar com o interesse público, a legalidade e a moralidade. No ambiente em que atua o usuário da discricionariedade administrativa tem necessariamente de imperar a intenção de agir unicamente em conformidade com a lei, buscando sempre o interesse público e segundo procedimentos que não atentem contra a moralidade pública.

6 Conf. a exposição de HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, 1992, 17ª ed., p. 138.

7 Conf. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. Do Poder Discricionário. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 101, jul./set. 1970, pp. 1/23; para o completo entendimento, veja-se o raciocínio por inteiro: "Nem todo ato administrativo precisa ser motivado, senão quando a lei subordina a sua prática a uma condição que limita o seu exercício. Assim, a demissão de um funcionário ou a sua exoneração, deverá ser motivada quando vinculado o ato pela lei, mas não quando essa própria lei o deixa ao arbítrio da administração, como, por exemplo, nas funções de confiança".

8 Conf. O Poder Discricionário da Administração. *Estudos de Direito Público*, vol. I. Coimbra Editora. Portugal, 1989, p. 445. Completa a noção a idéia pinçada dos Princípios Fundamentais do também português e administrativista Marcelo Caetano: "a observância da legalidade se justifica por si mesma, independentemente do valor que reveste como proteção dos particulares que travam relações com a Administração" (Ed. Forense, Rio, 1977, p. 476).

A faculdade de agir ao talante do agente administrativo jamais implicou em liberdade absoluta. CAIO TÁCITO expressivamente aduz que "se raros são os atos totalmente vinculados, jamais se poderá conceber um ato inteiramente discricionário"⁹. Há limites, mas não como os traçados para o ato vinculado. A Prof.^a ODETE MEDAUAR anota a diferenciação no caráter necessariamente indeterminado e genérico de tais limites, asseverando que "têm a função de orientar as operações do exercício da discricionariedade de modo a não prejudicar a obtenção do fim a que é ligada"¹⁰.

Em outras palavras, a ação administrativa é sempre infralegal, suportada na lei que traz em seu bojo o modo de agir esperado em cada caso, dizendo desde logo qual a autoridade competente para exprimir a vontade estatal com vista ao fim público visado pela lei e na forma que especifica. Se o legislador entendeu de remeter ao órgão executor a análise das circunstâncias fáticas para a escolha do conteúdo do ato administrativo, tem-se aí a possibilidade do emprego da discricionariedade do agente, consistindo, é certo, na própria essência do ato capaz de atingir em seus efeitos o particular e os administrados de modo geral. O agir pode corresponder ao esperado, como ordinariamente acontece; mas pode ser que o agente moveu-se por capricho, má-fé ou imoralmente, dando azo ao reconhecimento de abuso de poder. Nessa hipótese não só podem os particulares prejudicados intentar ação própria para o desfazimento do ato, como também os administrados poderão movimentar ação coletiva com vistas à cessação e recuperação de dano causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa¹¹.

A possibilidade de revisão judicial dos atos viciados, quer por excesso ou mal uso da competência legal, não pode ser limitada senão ao interesse de quem movimenta a jurisdição. A Constituição brasileira de 1988 é fruto do liberalismo político que prega a manutenção do Estado socialmente organizado para o pleno exercício das liberdades individuais; é Constituição-garantia, "que se propõe a garantir os direitos fundamentais contra o Poder e sua natural inclinação para o abuso"¹². O símbolo maior do Estado de Direito é o princípio da legalidade, inscrito no inciso II dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5.º da Constituição Federal), e a garantia do primado de justiça é a certeza de que nenhuma lesão ou ameaça a direito

9 Conf. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37, p. 4.

10 Conf. Poder Discricionário da Administração. *Revista dos Tribunais*, vol. 610, agosto de 1986, pp. 38-45.

11 CAIO TÁCITO analisou todos os remédios para o controle judicial da Administração Pública na nova Constituição em artigo com esse título, na *Revista de Direito Público*, vol. 91, jul./set. 1989, pp. 28-36.

12 Conf. MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Ed. Saraiva, 1990, p. 4; embora a transcrição refira-se ao modelo chamado de garantia, o autor, mais à frente, externa a opinião de que "o constituinte brasileiro procurou estabelecer para o País uma Constituição-dirigente; e o conseqüeu, ao menos quanto à estrutura que tomou a Lei Fundamental" (p. 5).

será excluída da apreciação do Poder Judiciário (inciso XXXV). A consequência do que estabeleceu o legislador maior é que significará arbítrio a sonegação de matérias ou casos aos juízes e Tribunais, e como tal não podem os atos administrativos editados com base no discricionário entendimento do homem público ficarem protegidos por ilusório manto de independência de poderes.

Partindo dessa colocação maior, é possível destruir também as pretensas barreiras levantadas por defensores do impedimento à revisão judicial do ato administrativo desvinculado da lei. Por exemplo, considerando que a lei protege uma necessidade pública abstratamente considerada, cabe ao administrador, ao verificar a ocorrência do pressuposto, agir em atendimento àquela necessidade. Se o legislador deixou ao arbítrio do agente a escolha de uma entre um leque de possibilidades de agir, será discricionariamente que determinará qual entre todas possíveis a que empregará. O poder de escolha, porém, não é livre, posto que, além de necessariamente representar a melhor opção nas circunstâncias, deverá atender aos dogmas maiores que norteiam a atividade pública: a legalidade e a moralidade.

Sempre, pois, que alguém puder invocar a ocorrência de lesão ou ameaça a direito seu e ligar a causa a ação emanada do Poder Público, basta que demonstre que essa ação produziu efeitos concretos em afronta à lei e à moralidade para que o Estado-juiz possa exercer o seu mister. No caso o cidadão invocará direito subjetivo, mas também os interesses legítimos recebem a proteção, à falta de jurisdição específica¹³. Nesse desiderato não estará o Poder Judiciário imiscuindo-se em esfera protegida pela independência dos poderes, mas exercendo competência constitucionalmente deferida sem a limitação que se quer impor.

A questão do mérito do ato administrativo, em suma, não impede o conhecimento judicial das causas que levaram à eleição de uma possibilidade entre tantas. Também o exame da conveniência e oportunidade não escapa do crivo revisional e já se diz jurisdicionalizada a ação do administrador público porque não se coaduna com os sentimentos de justiça a viabilidade de perdurar em seus efeitos uma ação inoportuna e inconveniente. É preciso que se vá além do mero exame externo da conduta administrativa, detendo-se na análise dos fatos para surpreender os desvios da finalidade legalmente prevista.

Nessas áreas é curial que se conheça as evoluções do direito português, notadamente os escritos oriundos da pena do notável administrativista AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ.

13 Sobre a diferenciação entre direitos subjetivos e interesses legítimos, veja-se CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. O Controle Judicial dos Atos Administrativos, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 152, abr./jun. 1983, pp. 1-15, especialmente notas de rodapé nºs 2, 4, 5, 6, 7 e 9.

4. A moderna doutrina portuguesa

Portugal é o único país do mundo que tem Código Administrativo¹⁴. Nem por isso questões como a da discricionariedade administrativa deixam de atormentar os intérpretes, e mesmo a possibilidade de controle judicial esbarra em posições contrárias. Entre nós, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO é cultor do pensamento de QUEIRÓ e defende que tanto na vinculação quanto na discricionariedade a lei propõe um comportamento que satisfaça o interesse público, com a diferença que na vinculação a finalidade legal foi preestabelecida enquanto que na discricionariedade é definida posteriormente, dependendo da situação concreta. QUEIRÓ, por sinal, assevera que a atividade administrativa é uma “atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”. Na mesma esteira de entendimento, em trabalho mencionado na nota n.º 13, o autor pátrio firma que “a Administração está jungida ao cumprimento de uma finalidade legal e, para cumpri-la, terá que buscar o exato atendimento do interesse que a lei tutela, seguindo-se que está peado por um dever de boa administração”¹⁵.

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ é autor consagrado no tema do desvio do poder e seus efeitos na Administração Pública. Em “Reflexões sobre a Teoria do Poder e O Poder Discricionário da Administração” fixa os conceitos norteadores da moderna Administração Pública¹⁶. Mas é em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* da Fundação Getúlio Vargas que sintetiza o moderno entendimento de que a autoridade administrativa só exerce legalmente o seu poder discricionário quando se orienta pelo propósito de servir da melhor maneira o interesse público específico a realizar. Se assim não for, ou seja, se a escolha não recair sobre a medida que era a melhor para atender ao interesse público, o administrador não terá observado a lei “no seu mais profundo e íntimo sentido”¹⁷.

O desvio de poder — que QUEIRÓ atribui sentido técnico ao definir como a violação objetiva da vontade do legislador — apareceria quando o agente viola objetivamente a vontade do legislador, na sua intenção, frustrando o interesse que teve em vista ao atribuir aos agentes uma faculdade discricionária, qual seja, o interesse da individualização do direito. Se o agente determina-se por outro fim que não seja o de satisfazer a necessidade tutelada, comete desvio de poder.

Por aí se vê que o incomparável administrativista lusitano bem soube situar o poder discricionário contrapondo a legalidade como seu limite.

14 CRETELLA JÚNIOR esclarece que “Portugal, há mais de cem anos se empenha continuamente em reunir num corpo uno, orgânico, as linhas mestras do sistema administrativo lusitano” (conf. *Direito Administrativo Comparado*, José Bushatsky, ed., 1972, p. 85).

15 Ob. cit., p. 10.

16 Ambas as dissertações são encontradas no vol. I de *Estudos de Direito Público* editados pela Universidade de Coimbra, Portugal, 1989.

17 *Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas*, vol. 97, jul./set. 1969, pp. 1-8.

Nessa medida, verificando-se, em revisão, que a apreciação discricionária refugiu ao fim de servir da melhor maneira a necessidade pública protegida, terá o ato de ser tido por não legal — mesmo que a medida tenha sido objetivamente útil —, porque não foi escolhida na idéia da satisfação da necessidade pelo melhor modo: feriu o agente, no uso de suas faculdades discricionárias, o espírito da lei, a intenção do legislador.

Vigora, na teoria exposta, o entendimento de que à Administração só é lícito “usar os seus poderes em circunstâncias e com base em motivos antecedentes suscetíveis de comprovar que o interesse público específico, para cuja realização a medida praticada está concebida, é um interesse real; existe, com efeito, uma ligação lógica necessária entre os motivos antecedentes e o fim objetivo dos atos administrativos”¹⁸. Pode-se ver que toda a estrutura do pensamento do doutrinador baseia-se na possibilidade de amplo controle do ato administrativo para a verificação final da obediência, pelo agente público, dos princípios norteadores da atividade estatal.

Pode-se pensar, desavisadamente, que naquele país o contencioso administrativo imporia uma visão diferente daquela verificada no Brasil. Na verdade, porém, em Portugal aos Tribunais Administrativos está vedado o exame do mérito, exatamente como alguns querem impor como norma entre nós. A razão, lá, é justificável na atividade jurisdicional que exercem os Tribunais Administrativos, de forma que para o exame da conveniência e oportunidade entrariam em domínio específico da Administração — e passariam a realizar, na expressão de QUEIRO, “uma dupla administração”. O exame no contencioso cinge-se, então, a questões de legalidade, persistindo as questões não jurídicas ou de boa administração para o exame do Poder Judiciário se e quando provocado por quem detém direito subjetivo¹⁹.

Segundo a doutrina exposta, que se afina à perfeição com o sistema nacional de distribuição de justiça, a ação do administrador público tem como seu primeiro e intransponível limite a própria lei que autoriza o comportamento discricionário. O comando legislativo, nessa conformidade, é a um só tempo o limite da ação que se perpetrará e o paradigma para averiguação da legalidade do agir: é modelo de ação e de comparação. Não importa as conseqüências do ato, mas a estrita conformação da vontade do agente à vontade prevista pelo legislador como única possível.

Conquanto seria a ilegalidade o bastante para extirpar o ato viciado do mundo jurídico, não basta um comportamento legal para se ter o administrador público como conforme o direito. Mais dele exige-se; deve atuar, no exercício da função pública, como um todo e em particular quando da edição de ato passível de produzir modificações prejudiciais ao ente gerido ou, ao contrário, à administrado em particular e à coletividade em geral,

18 Ob. cit., p. 5.

19 Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas, cit., p. 8.

segundo parâmetros não legais, e não expressos, que impliquem em ofensa à moral: nesse caso também executa-se o controle judicial, porque a ninguém interessa a manutenção de ato eivado de mácula como a que se exporá em seguida.

5. A moralidade como noção absoluta da administração legal

Pode ser, com efeito, que a ação administrativa resista às análises sobreditas mas ainda assim esconda comportamento que, embora conforme o modelo legal, atente contra a moral; não a moral comum protegida pela norma legal, e sim "a que demonstre haver o administrador assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração"²⁰.

Partiu de MAURICE HAURIOU a idéia de moralidade administrativa: embora agindo sem violação à lei, autoridade usa de seu poder "para um fim e por motivos outros que não aqueles em vista dos quais esse poder lhe foi conferido, quer dizer, outros que não os que pretende a moral administrativa"²¹. JOSÉ AUGUSTO DELGADO expõe que o atuar do administrador público subordina-se não somente à lei, mas deve estar vinculado aos anseios e às necessidades do administrado: "qualquer excesso a tais limites implica em adentrar na violação do princípio da moralidade administrativa sempre exigindo uma correta atividade"²².

A partir da nova ordem constitucional a moralidade tornou-se princípio imperativo para o Administrador Público. Sublinhou o legislador a necessidade de proceder justo, para a massa de administrados, e que respeite, na particular análise de cada caso, ao que o senso comum repute adequado e conveniente. Reputa-se a moralidade como um dos pilares que sustenta o Estado; num país com leis que não se compadecem com os legítimos interesses sociais, a exigência de conduta moral funciona como barreira para as ações dos homens públicos. "A obediência ao princípio da moralidade administrativa impõe ao agente público que revista todos os seus atos das características de boa-fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude e de dolo", anota o já citado JOSÉ AUGUSTO DELGADO no importante e pioneiro trabalho sobre o tema²³.

20 Conf. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, vol. 680, junho de 1992, pp. 34-46.

21 Apud MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Ed. Atlas, 1991, p. 109; acrescenta a autora o seguinte comentário de Hauriou, referindo-se ao conceito dado: "é uma noção aparentada daquela do abuso do direito e, nesse sentido, o desvio do poder é uma espécie de incompetência *ratione materiae*. Pode-se assinalar também que é uma violação da boa-fé, porque a Administração deve agir de boa-fé, e isto faz parte de sua moralidade" (loc. cit.).

22 Ob. cit., p. 38.

23 O autor elenca os dispositivos da Constituição Federal de 1988 em que aparece, explícita ou implicitamente, o princípio da moralidade como exigência para a Administração Pública: arts. 37 *caput*, e § 4º; 14, § 10; 15, V; 55, § 1º e 85, V.

Diante da clareza com que se houve o legislador constitucional, nem se pode levantar a questão da moral e da lei, com a primeira confortada pela segunda²⁴. O estilo de Constituição-garantia deixa claro que à Administração Pública atribuiu-se, por intermédio da idéia geral de moralidade, uma plêiade de obrigações e limites como barreira contra os naturais excessos humanos na gestão de interesses alheios; a moral foi tratada como um *plus* inerente à função pública, não se confundindo a moral administrativa com a moral comum. Liga aquela o agente público ao direito que os administrados têm de obter dos detentores do poder uma boa administração.

Sendo assim, não se pode fugir à conclusão de que as regras inerentes à moral administrativa são prontamente exigíveis do homem público e, por isso, constituem-se em controle dos atos administrativos; como conseqüência, a atuação na faixa de discricionariedade deixada pela lei autorizadora do comportamento tem de conformar-se, além do respeito à legalidade, também com as regras da moral administrativa. O conceito de função social do Estado traduz, sem dúvida, o enfeixamento dos padrões de condutas morais a que subordina-se o administrador — e deve imperar como o objetivo imposto pelas regras de moralidade administrativa.

Ficou sobremaneira limitado, pode-se dizer, o poder de escolha, onde depende-se da eleição de comportamento legalmente admitido, porque no exercício da discricionariedade “há e não pode deixar de haver um juízo de valor imanente da ordem jurídica; um juízo de função social e moral no seu melhor sentido normativo”²⁵. Então, sob esse novo prisma que a Constituição Federal de 1988 enfocou o problema, os impedimentos ao controle e à revisão judicial do ato administrativo já não existem como os autores em geral apregoam — caem por terra, efetivamente, no momento que se opõe ao agir incorreto do Administrador a lei ou os padrões de conduta moral exigíveis em determinado momento histórico.

Os bons propósitos da justiça social evidenciam a necessidade de suprimir um ato que contraria os permissivos e viabiliza, como conseqüência, a modificação da vontade ilegal e imoral do Administrador por decisão que atenda aos preceitos cuja não-verificação serviram de base à derrubada

²⁴ Mesmo que assim fosse, pode-se dizer que o legislador constituinte acolheu os ensinamentos de IMMANUEL KANT, como faz JOSÉ AUGUSTO DELGADO. Na Teoria Geral do Direito, WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA analisa a Doutrina do Direito de Kant mostrando a conclusão do pensador, perfeitamente adequada ao tratamento que o legislador deu ao tema, passível de impor ao Administrador regras supralegais de conduta: “em moral, não se deve ter em vista o interesse, a finalidade; a norma moral impõe-se absoluta, categoricamente, deve ser respeitada em si e por si, sem qualquer utilidade ou fim prático”. (Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, p. 396).

²⁵ Conf. MANUEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *O Controle da Moralidade Administrativa*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1974, p. 161; o autor defendia o controle dos atos administrativos por invocação do fundamento moral na ação popular mesmo sob a vigência da Constituição anterior (Conf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 118).

do ato. Pode ser que apenas a retirada de efeitos da vontade eivada de nulidade resolva a *quaestio* proposta em juízo, e nessa hipótese vinga a possibilidade de edição de novo ato segundo, ainda, os preceitos tidos por ausentes naquele anulado. Aliás, bem a propósito a opinião vigente em Portugal no sentido de que, “quando o juiz inquire se um ato enferma de desvio de poder, não controla a oportunidade e a conveniência desse ato; do que se trata, em tal caso, é de averiguar se o agente violou a norma que o manda proceder, no exercício do seu poder discricionário, de acordo com a norma ou princípio jurídico geral, nos termos do qual ele deve guiar-se, na sua opção, pelo fim público a prosseguir em dada hipótese”²⁶.

Transportando para essa esfera de considerações as lições da doutrina portuguesa, principalmente na expressão de AFONSO RODRIGUES QUEIRO, é possível ver que a exigência de comportamento administrativamente moral inviabiliza a discricionariedade. Para a doutrina do lusitano, o agente público só exerce poder discricionário quando se orienta pelo propósito de servir da melhor maneira o interesse público específico a realizar; não sendo assim, recaindo a escolha sobre medida que não era a melhor para atender ao interesse público, o administrador não terá observado a lei “no seu mais profundo e íntimo sentido”.

Pode-se extrair da afirmativa, à luz da disciplina nova consagrada em nosso Texto Constitucional, que o autor vestiu com o manto de lei o que, na essência e entre nós, vigora como princípios morais de observância indeclinável.

Contributo para o estudo do fim da discricionariedade como poder

Como consequência de todo o exposto, aparece a conclusão de que o Administrador Público só age validamente se pautar-se em conformidade com a lei e se atua segundo os bons princípios morais. Fica eliminada de vez a viabilidade de escolha propriamente dita; o chamado poder discricionário foi reduzido ao dever de agir segundo critérios perfeitamente aferíveis e passíveis de questionamento em juízo por afronta a direito subjetivo ou interesses legítimos.

Não há mais discricionariedade possível de ser exercida porque a lei incompleta no seu comando será preenchida por ação balizada em conceitos sujeitos a verificação em juízo. A ação qualificada por dever de comportamento legal e moral, como única autorizada para o agente administrativo, traduz dever indeclinável de agir quando verificados os seus pressupostos. Não há poder de agir nem é possível aferição do que seria conveniente e oportuno; o que chama-se de poder resolve-se em dever e esvanece-se a possibilidade de escolha em determinação lógica e racional para a adoção de um comportamento esperado — pelo legislador e pelos destinatários da necessariamente boa administração.

²⁶ Conf. AFONSO RODRIGUES QUEIRO, Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 97, jul./set. 1969, p. 8.

Na esteira desse entendimento, desaparecem também os óbices e limites antes opostos ao controle judicial dos atos próprios da Administração Pública, cuja transparência é garantia do Estado de Direito.

6. Conclusões

É lícito, assim, ponderar-se que a solução do problema do controle judicial dos atos administrativos submete-se a novo enfoque a partir da Constituição Federal de 1988. Permanecerá por muito tempo aberta a questão, porque o legislador constitucional apenas enunciou as bases para uma outra visão, dependendo para efetivar-se de atos legislativos inferiores regulando situações novas e de proclamações judiciais dilucidando litígios concretos.

Não se compadece a visão que se quer expor com a timidez natural dos observadores e, bem por isso, sem preocupações maiores, apenas como um avanço em terreno tão obscuro, segue-se série de conclusões sujeitas a confirmação, ou não, em estudos futuros.

O condicionamento de toda atividade administrativa à lei pressupõe a vigência de princípio de legalidade a que se submete o detentor da vontade estatal, denunciando um liame entre o órgão executor e o órgão legislativo que formalizou a vontade abstrata; transformando em ação a vontade apenas enunciada genericamente, o agente público está cumprindo a finalidade visada pelo legislador. A partir da Constituição Federal de 1988 também a moralidade tornou-se princípio imperativo para o Administrador Público porque o legislador constitucional sublinhou o direito a proceder justo, para a massa de administrados, e que respeite, na particular análise de cada caso, ao que o senso comum repute adequado e conveniente.

A solução do problema do controle judicial da discricionariedade não se coaduna com o entendimento restritivo antes propugnado por doutrinadores e até então albergado por juízes e Tribunais, merecendo, da parte destes, enfoque consentâneo com a nova ordem constitucional. Os bons propósitos da justiça social, além disso, evidenciam a necessidade de suprimir um ato que contraria os permissivos legais e ofende a moralidade administrativa, viabilizando, como consequência, a modificação da vontade ilegal e imoral do Administrador por decisão que atenda aos preceitos cuja não verificação serviram de base à derrubada do ato.

A exigência de comportamento administrativamente moral inviabiliza a discricionariedade porque o agente público só completa validamente o comando legal quando se orienta pelo propósito de servir da melhor maneira o interesse público específico a realizar. Então inexistente discricionariedade possível de ser exercida porque a lei incompleta no seu comando será preenchida por ação qualificada por dever de comportamento legal e moral, traduzindo indeclinável dever de agir quando verificados os pressupostos legais e morais, sendo a ação perpetrada em contrário sempre passível de revisão em juízo.

Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade

Origem e Evolução

SARA MARIA STROHER PAES
Bacharela em Direito
Servidora da Justiça Federal

“Mas alegrem-se todos os que confiam em ti; exultem eternamente, porquanto tu os defendes; e em ti se gloriem os que amam o teu nome.

Pois tu, Senhor, abençoa o justo, e, como escudo, o cercas da tua misericórdia.” *Bíblia Sagrada* — Salmos, cap. 5, vs. 11-12.

S U M A R I O

I. Introdução. II. A origem do controle do constitucionalismo. 1. Razões do controle. 2. Escorço histórico do nascimento do controle. 3. Nascimento do controle no Brasil. III. Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. 1. A Constituição de 1824. 2. A Constituição de 1891. 3. A Constituição de 1934. 4. A Constituição de 1937. 5. A Constituição de 1946. 6. A Constituição de 1967. 7. A Constituição de 1988. IV. Conclusão. V. Bibliografia.

I. Introdução

A importância do tema ora estudado está na oportunidade de rever e analisar as raízes do constitucionalismo e sua evolução no sentido de garantir instituições democráticas já consolidadas.

Verifica-se que, no aspecto histórico, as instituições como tripartição de poderes, atuação do Poder Judiciário como órgão de controle, caminharam lentamente até alcançarem o ensejo de serem estabelecidas numa lei máxima, refletindo a necessidade de interação entre as sociedades, resultando de pensamentos democráticos, justos, em momentos oportunos e de uma luta constante da qual o indivíduo sempre fez parte, pela preservação de direitos sociais fundamentais.

A própria Constituição já é uma vitória do poder inerente aos povos, voltados para si mesmo, regulando suas relações entre si e com um poder maior, o poder político governamental. É no controle da constitucionalidade que se pode verificar a preocupação com que os poderes devem se limitar em decorrência do direito alheio, na garantia do exercício dos direitos concentrados nos preceitos da Constituição.

II. *A origem do controle no constitucionalismo*

1. *Razões do controle*

O controle da constitucionalidade é um dos princípios decorrentes do constitucionalismo, ao lado de outros pressupostos: supremacia da Constituição e hierarquia das leis. Atualmente não se pode falar em controle sem presumir-se a existência de uma Constituição, ou de um conjunto normativo, a disciplinar sobre a vida econômica, política e social de uma nação.

Apresentada duas opções ao magistrado de decisão para resolução de fato litigioso, uma pela lei outra pela Constituição, deve o intérprete aplicar o preceito constitucional sobre qualquer outro ato normativo que integre o ordenamento jurídico.

Asseverava Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* que "a lei promulgada sem observância dos pressupostos constitucionais, não tratava-se de um injusto, nem de um ato estatal viciado, mas de um nada jurídico".

A Constituição rígida é lei fundamental e suprema do Estado. É ela quem fundamenta a autoridade e confere poderes e atribuições governamentais. Todas as normas que integrem o ordenamento jurídico só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

2. *Esboço histórico do nascimento do controle*

Na Grécia, num passado longínquo, numa mera busca de subsídios históricos, o instituto não se apresenta com as formas e delineamentos de hoje, mas sim institutos com características de controle. A *graphe*

paranomon (argüição de inconstitucionalidade), pela qual todos os cidadãos tornavam-se responsáveis pela defesa das leis e da Constituição, segundo Hignett, foi usado no período de 462-404.

Em Roma, o poder de verificar a constitucionalidade das leis e atos dos magistrados cabia ao Senado, considerado o guardião da Constituição.

O cientista erudito Lord Cocke, do século XVII, travou séria resistência contra o poder ilimitado conferido ao Parlamento inglês, esclarecendo que os atos dos Tribunais, inclusive do Parlamento, deveriam submeter-se ao exame da *Common law*, entendendo nulas as deliberações que afrontassem o direito costumeiro.

O controle, com o passar do tempo, foi arraigando-se na cultura jurídica, não faltando estudiosos que dele se ocupassem em seus tratados, exigindo inovações no sistema. A origem do atual sistema de controle de constitucionalidade foi criação dos Estados Unidos da América, país que, pela sua própria formação, revestido foi de forte tradição democrática onde a interpretação da Lei Maior configurou-se fonte orientadora de todas as relações jurídicas da sociedade.

O *Judicial Review*, do Direito americano, não proveio de texto expresso da Constituição; foi uma criação da Jurisprudência. Embora discutido pelos elaboradores da Constituição, não o inseriram no Texto Constitucional entre as atribuições da Corte Suprema como um meio de garantia contra os excessos do Legislativo ou do Executivo.

Sendo certo que foi o famoso caso *Marbury vs. Madison*, que deu origem à jurisprudência construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde, em 1803, o Juiz John Marshall expôs limpidamente sua doutrina de competência do Judiciário para apreciar a conformidade das leis com a Suprema Carta.

Ressaltando-se, também, como o fez Therezinha Lúcia Ferreira Cunha¹ que “a filosofia democrática americana, contudo, estabelece que a faculdade do Judiciário em decidir sobre a eficácia das leis em face da Constituição é exercida, somente, por via de exceção ou de defesa, isto é, quando de um litígio submetido ao seu julgamento, não podendo resultar em um poder geral de veto sobre a legislação do Congresso. Como se vê, as funções do Judiciário são limitadas à decisão de casos concretos, não sendo possível reconhecer-lhe o poder de emitir opinião sobre qualquer assunto, ou declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato do Congresso. Isto porque, se assim agisse, estaria atuando

1 THEREZINHA, L. F. CUNHA — *Revista de Informação Legislativa*, vol. 86, pp. 41 a 76.

como um poder de revisão da obra legislativa, como expressou o *Justice Day*, no caso *Muskrat v. United States*:

“O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a Lei Fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a Lei Fundamental e a outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua competência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo.”

3. *Nascimento do controle no Brasil*

A lição do Direito norte-americano prosperaria no Brasil, onde seria posta em prática depois da proclamação da República. No Brasil, o controle da constitucionalidade foi consagrado na Constituição de 1891, ainda que, antes, alguns publicistas já assinalavam traços do controle na Constituição Política do Império do Brasil, exercida pela Assembléia-Geral.

Após o descobrimento, o Brasil não despertava tanto interesse na Metrópole, a que desconheciam das imensas riquezas desta terra. Somente a partir de 1530 é que deram impulso à atividade extrativa. O Brasil experimentou então diferentes estruturas de administração e governo.

Primeiro, as Feitorias (1501-1532), em núcleos de colônia, onde dominava simplesmente a vontade do feitor.

Depois, com a distribuição de terras, surgiram as Capitânicas (1532-1549), em que seus donatários arrogavam a si todos os direitos.

Após, com a criação dos governos-gerais (1549-1572) surgiu o Regimento do Governo-Geral, em 1548, outorgado à Tomé de Sousa, fixando suas atribuições e prerrogativas. Este documento foi considerado por alguns como a primeira Constituição do Brasil. Objetivava limitar o poder e atuação do governo-geral pela Coroa portuguesa.

III. *Evolução do controle da constitucionalidade no Brasil*

1. *A Constituição de 1824*

Na primeira Constituição do Brasil, de 25 de março de 1824, não ficou consagrada a atribuição ao Poder Judiciário a função de resguardar a constitucionalidade das leis, tampouco procurou o Supremo Tribunal de

Justiça — órgão máximo da Justiça durante o Império Brasileiro — seguir o exemplo da Suprema Corte americana, com a introdução do Instituto, através da Interpretação dos textos sobre suas próprias funções.

Como razões de inexistência desse controle poder-se-á levantar algumas razões. A primeira, certamente foi a marcada influência européia, vez que os homens públicos do Império, ao elaborarem a Carta de 1824, sofreram a influência dos doutrinadores políticos da Inglaterra e da França, e os juízes de então estavam pouco afeitos ao Direito constitucional dos EUA. Por isso, não obstante, de há muito, neste País, o Judiciário exercesse o controle da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, no Brasil se ignorava essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçoaram a ela.

Onde, por esta influência, refletiu-se na Constituição do Império o constitucionalismo francês, o qual, como bem coloca o Professor Ronaldo Poletti² “fruto da Revolução, não podia aceitar que um dos Poderes interferisse sobre um outro, anulando-lhe os próprios atos. Tal penetração e sobreposição, de um Poder noutro, indicariam o descumprimento do dogma revolucionário da separação de poderes. Era natural, portanto, que não houvesse criação jurisdicional. As circunstâncias diferiam substancialmente daquelas existentes nos Estados Unidos da América, que possibilitaram a construção pela Suprema Corte, não obstante a inexistência de texto legal expresso”.

A outra razão da inexistência do controle judicial é que a defesa dos princípios constitucionais foi confiada ao Poder Legislativo por expressa disposição da Carta de 1824, *verbis*:

“Art. 13 — O poder legislativo é delegado à assembléia-geral com a sanção do Imperador.

Art. 15 — É da atribuição da assembléia-geral:

8.º — Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.

9.º — Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação.”

Por outro lado, face à existência do chamado Poder Moderador, onde entregue ao Monarca estava a coordenação da atuação dos outros poderes para manter “a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes”, sendo “chave de toda a organização política”, funcionando inclusive, nas palavras de Benjamim Constant, como “o Poder Judiciário de

2 RONALDO R. B. POLETTI — *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Forense, 1985.

todos os poderes”, poder-se-ia até concluir que se tivesse o instituto do controle da constitucionalidade presente nesta Constituição seria da competência do Poder Moderador.

Aliás, historicamente, críticas houveram quanto à omissão do Judiciário, no sistema constitucional do Império, todavia, mesmo Levi Carneiro, um dos maiores propagadores de que estava o Judiciário “incapacitado por sua missão política”, teve sua argumentação vencida pelo adequado relato feito por C. A. Lúcio Bittencourt³, que demonstrou, como já acima referido, caber ao Legislativo a guarda da Constituição (art. 15, n.º 9 da Carta de 1824), além de existir o Poder Moderador, com função superior à dos demais Poderes do Império com a missão de manter a independência, harmonia e equilíbrio daqueles (art. 98 da referida Carta).

Sendo, à época, tal atribuição legislativa defendida por eruditos intérpretes da Constituição, como o ilustre Rodrigues de Sousa, que dizia, em citação de Accioli de Vasconcellos, que de todos os tempos reconheceram os povos livres a necessidade de instituírem defensores oficiais da Constituição e das leis: tais foram em Roma os censores, e em Atenas o Areópago. Estas magistraturas, conquanto bons serviços prestassem por estranhas à política, não deixaram de causar ao Governo embarços. Sem este inconveniente, reúne a Assembléia todas as habilitações para o desempenho de tão grande missão e o próprio Pimenta Bueno ao ensinar que “o art. 15, n.º 9 da Constituição, confirma uma atribuição que o direito de fazer as leis por certo importa — ele inclui, necessariamente, o direito de inspecionar, de examinar se elas são ou não fielmente observadas, senão de nada valeriam”. E mais adiante — “este direito de inspeção em todo e qualquer tempo, em que o Poder Legislativo se reúne, é um dos principais atributos que a soberania nacional delegou-lhe; é uma garantia, um exame, que a sociedade, os administrados exercem sobre seus administradores, um corretivo que procede da índole e essência do governo representativo, que sem ele não se poderia manter. De todas as leis que demandam maior inspeção, por isso mesmo que demandam o mais alto respeito, são as leis constitucionais; sua observância deve ser religiosa, pois que são o fundamento de todas as outras e da nossa existência e sociedade política”.

Preconizava, destarte, a Carta Política de 1824, uma forma incipiente de controle, que não seria exercido pelo Poder Judiciário, mas pelo Poder Legislativo, através da Assembléia-Geral.

Assim, de todo o exposto, podemos afirmar que durante a vigência da Constituição de 1824 inexistiu o controle da constitucionalidade das leis, tal como, mais tarde, vira a ser consagrado no Estatuto Básico republicano, com toda a sua adequação técnica e sistemática.

³ LÚCIO BITTENCOURT — *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*.

2. A Constituição de 1891

Com o término do Império e o advento da República, cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, substituído que fora pelas novas idéias, promovidas dos Estados Unidos da América, principalmente o princípio da Federação onde exsurge o Poder Judiciário como assegurado do pacto federativo.

Como uma das conseqüências, os ideólogos do novo direito constitucional brasileiro procuraram, desde logo, introduzir o sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela nação, isto é, o controle por via de "exceção".

Desta forma, na denominada Constituição provisória, o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, que publicou, em 23 de junho de 1890, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, já admitia, em seu bojo, a possibilidade do exame, por parte do Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, *verbis*:

"Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1.º Das sentenças da justiça dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnadas."

No mesmo ano, o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, fixou o princípio de competência genérica dos juízes e Tribunais para se pronunciarem acerca da conformidade entre as normas que sejam chamados a aplicar em cada caso concreto e a Constituição a que estejam subordinadas.

Efetivamente, no próprio preâmbulo do citado Decreto n.º 848, sendo Ministro da Justiça Campos Sales, diz-se: "A magistratura que agora se instala no País, graças ao regime republicano, é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica."

"O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição e neste último caso cabe-lhes declarar que elas são nulas e de nenhum efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa."

“É a vontade absoluta das Assembléias Legislativas que se extingue nas sociedades modernas, como se vão extinguindo as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo.”

Fixou, então, o mencionado diploma legal, dois importantes princípios sobre o assunto, o primeiro, no art. 3.º, que consagrou o sistema de controle via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação da parte, *verbis*:

“Art. 3.º Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte.”

E, na própria discriminação da competência do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que:

“Art. 9.º

Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e Juízes dos Estados:

(...)

b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato; ...”

A Constituição de 24-2-1891 incorporou, em seu texto, as disposições que foram adiantadas pelos dois diplomas retro-referidos, tanto a missão do Judiciário, nos prescreve, no art. 60, letra c, que, “compete aos juízes ou Tribunais federais processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal”, como também, em reconhecer ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição; art. 59, § 1.º, e alínea b:

“Art. 59.

§ 1.º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou atos do governo dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

Todavia, não obstante a clareza dos preceitos, imperou alguma perplexidade diante da inovação e como assevera Gilmar Ferreira Mendes⁴, em citação de trabalho de Rui Barbosa, de 1893, a que ora transcrevemos, verificou-se a amplitude deste instituto adotado pelo regime republicano, com o reconhecimento desta prerrogativa do Poder Judiciário (cf. *Os Atos Internacionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, pp. 57/59, Companhia Impressora, Capital Federal, 1893):

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2.^a, cujo teor reza assim: "O Poder Judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos."

Não se diz aí que os Tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidez, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que "compete aos juizes ou Tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, a)"; como, ainda, que "Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra (art. 59, § 1.^o, a)".

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do Tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no Texto Constitucional, a todos os Tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desapplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, inversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.

Posteriormente, já no ano de 1894, a Lei n.º 221, que completou a organização da Justiça Federal, foi categórica em exigir que

4 GILMAR F. MENDES — O Controle da Constitucionalidade.

a inconstitucionalidade fosse manifesta, ao afirmar, no seu art. 13, § 10, que “os juízes e Tribunais federais processariam e julgariam as causas fundadas em lesão de direitos individuais, por ato ou decisão das autoridades administrativas da União; e que eles apreciariam a validade das leis e regulamentos, e deixariam de aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Aí se exigiu, entretanto, fosse manifesta a inconstitucionalidade dos atos impugnados, tendo em vista que, segundo a jurisprudência dos Tribunais americanos, se presumia a sua constitucionalidade, e só se declarava a inconstitucionalidade se necessária para o julgamento do feito.”

Desta forma, este preceito reveste, na lição de Marcelo Caetano⁵, “a maior importância na história da fiscalização da inconstitucionalidade das leis e regulamentos pelo Poder Judiciário no Distrito Brasileiro, porque, afastando a idéia de anulação dos atos inconstitucionais normativos, incorretamente surgida em textos anteriores, determina que no caso de os juízes e Tribunais, ao apreciarem a validade desses atos, concluírem pela invalidade, apenas deixarão de aplicá-los aos casos ocorrentes, isto é, negam-lhes eficácia nas hipóteses *sub judice*. E determina mais que os julgadores só procedam assim quando a invalidade seja *manifesta* e não controversa, isto é, sobre a qual não possa ser formulada “dúvida razoável”. Além disso, fica claro que a apreciação da constitucionalidade pode ter lugar *ex officio*”.

Não havendo mais dúvida, quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle da constitucionalidade e, tendo a reforma constitucional de 1926 não modificado a substância dos artigos referentes ao *judicial review*, consolidava-se, por fim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro.

3. A Constituição de 1934

Suprimida a Constituição de 1891 pela revolução de 1930, veio a Constituição de 1934 promover e introduzir profundas alterações e significativos avanços no nosso sistema de controle da constitucionalidade.

Inicialmente reproduziu, no art. 76, item III, letras *b* e *c*, o constante das letras *a* e *b* do art. 60 da Constituição de 1891, com a modificação retro-apontada, da reforma de 1926. Mas, com pequenas alterações nos seus termos. Prescreveu que competia aos Juízes e Tribunais Federais processar e julgar: *a*) as causas em que alguma das partes fundasse a ação ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; *b*) todas as causas propostas contra o Governo da União, ou Fazenda Nacional, fundadas

⁵ MARCELO CAETANO — *Direito Constitucional*, vol. II, Forense, 1987.

em disposições da Constituição, em lei, e em regulamento do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo.

Inovou esta Constituição ao estabelecer *quorum* para declaração de inconstitucionalidade, expresso no art. 179, *verbis*:

“Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

Ressalte-se que envolveu este preceito acolhimento expresso, de orientação que nesse sentido firmava a jurisprudência norte-americana, a fim de evitar decisões declarando a inconstitucionalidade de atos legislativos e executivos por simples maioria, que não asseguravam a certeza na orientação da Corte de Justiça.

Outra grande novidade introduzida foi a prevista no art. 91, n.º 10, que atribuiu ao Senado competência para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Celso Agrícola Barbi⁶ lembra que “apesar da imprecisão revelada na expressão “Poder Judiciário”, que levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigência decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. E que, nos Estados Unidos, dada a submissão dos órgãos da justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional nos países do *common law*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la pela regra dos precedentes judiciais.

Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que as leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de exceção tem, logicamente, a consequência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do País, continuava ela em vigor.”

Portanto, fora esta inovação muito apropriada, porque dava efeito *erga omnes* a uma decisão proferida apenas *inter partes*, sendo até uma

6 CELSO A. BARBI — *Evolução do controle da Const. da Lei*, RDP 4/68.

fórmula política hábil, porque não abalava o princípio da independência dos poderes, pois a suspensão da execução de lei ficou sob a competência de um órgão do Legislativo — o Senado.

Outra inovação da Constituição de 1934 se encontra na possibilidade, reconhecida ao Supremo Tribunal Federal, de declarar a inconstitucionalidade de Constituição ou lei estadual, se provocado pelo Procurador-Geral da República, *ex-vi* do § 2.º do seu art. 12. Tal hipótese era admitida quando os Estados federados, ao se organizarem constitucionalmente, ou mediante lei ordinária, violassem os princípios constitucionais, enunciados no art. 7.º, I, letras *a* e *h*, isto é, deixassem de respeitar uma dessas normas consideradas pela Constituição Federal como cardeais do regime por ela instituído, *v.g.*, a forma republicana representativa, a independência e coordenação de poderes, a autonomia dos Municípios, etc.

Essa hipótese, como já se percebe e como salientou o já citado mestre Agrícola Barbi, “um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de “exceção”, mas sem constituir também tipicamente uma declaração por via de “ação”. Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido; o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois estas não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns”.

A Constituição de 34 ainda contribuiu indiretamente para o controle da constitucionalidade, ao arrolar o mandado de segurança como instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais ou inconstitucionais do Poder Público (art. 113, 33), o que inclusive ajudou a firmar a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais.

4. A Constituição de 1937

Com o golpe de Estado de 1937 e outorga da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, que vigorou até 1946, apesar de terem permanecidos em vigência os princípios constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade, o período foi de grande retrocesso e isso se explica por diferentes maneiras. O mandado de segurança, instituto criado pela Constituição anterior — 1934 —, para garantir ao cidadão defesa na luta pelos direitos lesados por atos ilegais e inconstitucionais do Poder Público, excluía de apreciação judicial os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores de Estado.

Da fase ditatorial que o Brasil veio a conhecer dali para a frente, até o término da Segunda Grande Guerra, como o Estado Novo, a atividade do controle da constitucionalidade foi grandemente reduzida.

Todavia, a Carta de 1937 trouxe no parágrafo único do art. 96 como novidade a possibilidade da revisão, pelo Executivo e Legislativo, da declaração da inconstitucionalidade pelo Judiciário, *verbis*:

“Art. 96.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Prescrevendo dispositivo de tal natureza, embora engenhoso para resolver o problema da separação entre os poderes, foi alvo maior de críticas do que de elogios por parte de renomados juristas da época e da atualidade. Na defesa dessa restrição aliaram-se Francisco Campos, Lúcio Bittencourt e Cândido Mota Filho, dentre outros, todos amparados no argumento central de que com o referido parágrafo único se atenuava a supremacia do Judiciário sobre os outros poderes, e assim, melhor se estabelecia o sistema de freios e contrapesos que a teoria da separação dos poderes objetiva.

Contudo, a grande maioria dos juristas pátrios, que se manifestaram a respeito, foram contra esse indiscutível retrocesso. A pretendida supremacia do Judiciário, a argüida ditadura de Toga, pelo exercício por parte dele da prerrogativa de fazer prevalecer o contexto da Lei Maior sobre a Lei Menor, nunca existiu e não existirá jamais, pois com isso simplesmente exerce a sua função de julgar. Por conseguinte, não melhorou, mas piorou o sistema de freios e contrapesos, previsto pela teoria da separação dos poderes, o parágrafo único referido.

Na verdade, perturba o exercício de uma função jurídica por seu órgão próprio, substituindo-o por órgão a que compete função política, e em matéria de dizer o direito, de realizar a Justiça. Não atenua a supremacia do Judiciário, pois jamais ocorre, em levando a efeito a função que lhe é peculiar, e a sua pretensa ditadura não passa do governo dos Juízes segundo o Direito e a Justiça. A intervenção do Executivo ou Legislativo nessa matéria só serve para perturbar a atuação do Direito e da Justiça, procurando soluções jurídicas com preocupações políticas, de conveniência e oportunidade, como quando, em 1939, o Presidente Getúlio

Vargas editou o Decreto-Lei n.º 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, cumpre notar que a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores e Interventores dos Estados (art. 319).

Do Texto Constitucional não constavam, igualmente, as disposições sobre a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Não cuidava, também, da atribuição do Procurador-Geral da República para representar o Supremo Tribunal Federal na hipótese de violação aos princípios constitucionais sensíveis.

5. *A Constituição de 1946*

A Constituição de 18 de setembro de 1946, que vigorou até 15 de março de 1967, restaurou a tradição do controle judicial no Direito Brasileiro, mantendo, ainda, com algumas modificações, todos os princípios relativos à declaração da inconstitucionalidade.

Esta Constituição emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: *a)* forma republicana representativa; *b)* independência e harmonia entre os poderes; *c)* temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; *d)* proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; *e)* autonomia municipal; *f)* prestação de contas da administração; *g)* garantias do Poder Judiciário (art. 8.º, parágrafo único, *c/c* o art. 7.º, VII).

Também contribuiu ela para a ampliação das oportunidades de controle da constitucionalidade de lei, ao elevar novamente à categoria constitucional o mandado de segurança, admitindo-o contra ato de qualquer autoridade, sem distinguir a sua hierarquia (art. 141, § 24), abrangendo, assim, os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores dos Estados, etc. Além disso, o aludido inciso suprimiu a exigência anterior de ser o ato atacado pelo mandado de segurança manifestamente ilegal ou inconstitucional, o que ampliou a área de ação do remédio constitucional.

Ainda na vigência da Constituição de 1946 realizou-se abrangentemente reforma constitucional através da Emenda n.º 16, de 26 de novembro de 1965, que de relevo introduz a competência do Supremo Tribunal Federal de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 2.º). Assim sendo, a ação direta desvinculou-se dos fins de intervenção federal, conforme Textos Constitucionais anteriores.

6. A Constituição de 1967

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano, reproduziu todos os artigos de 1946 referentes ao controle da constitucionalidade, e parte das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 16/65, não trazendo, destarte, grandes mudanças no sistema de controle.

Sofreu esta Constituição inúmeras emendas, inclusive a de n.º 1, de 17-10-1969, que lhe deu nova redação.

Como inovação é de ressaltar-se a alteração referente à ação direta do Procurador-Geral da República a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em caso de exame abstrato de norma impugnada. De fato, não apenas se manteve a novidade trazida pela Emenda n.º 16, de 26 de novembro de 1965, como sofreu ela grande alteração pela Emenda n.º 7/77, que criou a hipótese da representação versar também sobre a interpretação de lei. O texto em vigor determina a competência do Supremo Tribunal para julgar "a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual".

Verifica-se, também, que a Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n.º 16, que permite a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n.º 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município (art. 15, § 3.º, d).

A Emenda n.º 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 199, I, e). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei.

Finalmente, deve-se assentar que a Emenda n.º 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/1969, art. 119, I, p).

7. A Constituição de 1988

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 introduziu, como duas grandes novidades, a inconstitucionalidade por omissão e ampliou a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que o descumprimento, ou violação, da Constituição tanto ocorre quando um ato é praticado contra a Lei Magna (em desobediência a seus preceitos formais ou materiais) ou quando se deixa de dar execução a um programa (a uma norma programática) por ela traçado. Esta última hipótese é a da inconstitucionalidade *por omissão*, por parte do legislador e (ou) administrador que deve implementar o programa.

A caracterização de omissão, porém, não é fácil, pois o legislador tem a discricção, ou seja, a apreciação da *oportunidade* e da *conveniência* de dar execução ao programa. Por isso, em se tratando de omissão de lei, o Supremo Tribunal Federal não poderá senão dar "ciência" ao Legislativo (art. 103, § 2.º, primeira parte). Se a omissão, porém, for de medida administrativa, o Supremo Tribunal deverá fixar prazo, no máximo de trinta dias, para sua efetivação (art. 103, § 2.º, última parte).

E, quanto à *legitimatio* ativa, pertencia ela, anteriormente, tão-só ao Procurador-Geral da República. Agora, tanto na inconstitucionalidade por ação como na por omissão, são competentes para propor a ação o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em resumo: à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão e o controle da constitucionalidade é o jurisdicional (influência do constitucionalismo norte-americano e instituído como a Constituição de 1891), combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade (esta inovação e aprimoramento das Constituições de 1934 e 1946, respectivamente). E, de acordo como o

atual controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.

Compreendendo a ação direta de inconstitucionalidade de três modalidades:

A *interventiva*, criação inicial da Constituição de 1946-EC de 1965 e destinada a promover a intervenção federal em Estado ou em Município, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, *a* e 129, IV), ou estadual por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV).

A *genérica*, de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em *tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente à defesa do princípio da supremacia constitucional (art. 102, I, *a*, e 103, incisos e § 3.º); de competência do Tribunal de Justiça de cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em *tese*, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2.º), dependendo da previsão nesta.

E a denominada por José Afonso da Silva, como *supridora de omissão*, do legislador, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela constituição, do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2.º).

IV. Conclusão

A Constituição, sendo resultado do comportamento da sociedade que a ela se submete, diante da realidade econômica, social, cultural, ratifica e eleva a norma fundamental, emprestando maior vigor aos anseios do homem.

Tais anseios estão sempre evoluindo, por diversas razões, que não cabe aqui reconhecer, pois as relações entre os homens evoluem. Assim, inexistente pretensão de completude do sistema constitucional, que quer chegar sempre mais perto das necessidades do povo. Essa característica permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento para que seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo. A exemplo disso, é a inserção no Texto Constitucional vigente de vários preceitos visando à conservação e defesa do meio ambiente, preocupação bem atual da sociedade em geral.

É exatamente aí que o controle jurisdicional exerce seu importante papel, para que, sempre que alterado ou modificado o ordenamento jurídico ou programa de governo, sejam os direitos fundamentais garantidos, e a vontade do povo preservada.

V. *Bibliografia*

- BANDEIRA DE MELLO**, Oswaldo Aranha — *A Teoria das Constituições Rígidas*, José Bushetsky Editor, São Paulo, 1988, 2ª ed. 240 p.
- BARBI**, Celso Agrícola — Evolução do controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil, *Revista de Direito Público*, abr./jun. 1968, nº 4, pp. 34/43.
- BARROS**, Joaci Paulo Alexandre de — O Ministério Público e a Representação por Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual, *Revista de Informação Legislativa*, nº 87, jul./set., 1985, pp. 289 a 318.
- BITTENCOURT**, Lúcio — *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rev. Forense, 1968.
- CAETANO**, Marcelo — *Direito Constitucional*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 387 a 393.
- CUNHA**, Therezinha Lúcia Ferreira — Poder Constituinte e Poder de Revisão Constitucional. O controle da Constitucionalidade da Emenda Constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, nº 86, abr./jun., 1985, pp. 41 a 76.
- FERREIRA DA CÂMARA**, Maria Helena — A Interpretação Constitucional e o Controle da Constitucionalidade das Leis, *Revista de Informação Legislativa*, nº 95, jul./set. 1987, pp. 117 a 128.
- FIDÉLIS**, Ernane dos Santos — O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos, *Revista dos Tribunais*, ano 79, nov. de 1990, vol. 661, pp. 26/36.
- FILHO**, Cândido Mota — A Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil, *Revista Forense*, abr./jun. 1941, vol. 86, nº 454, pp. 273 a 279.
- MENDES**, Gilmar Ferreira — *O Controle da Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, pp. 169 a 193.
- PINTO FERREIRA** — Princípio da Supremacia e Controle da Constitucionalidade das Leis, *Revista de Direito Público*, nº 17, pp. 17 a 33.
- POLETTI**, Ronaldo Rebello de Britto — *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- VASCONCELLOS**, Wilson Accioli de — Origens do Controle da Constitucionalidade das Leis, *Revista de Informação Legislativa*, nº 11, set./66, pp. 59 a 68.

O Controle Interno de Legalidade pelos Procuradores do Estado

CLEIA CARDOSO
Procuradora do Estado

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Administração Pública. 3. O interesse público e os controles da Administração Pública. 4. Os parâmetros éticos do controle. 5. Modalidades do controle. 6. O controle interno de legalidade (lato sensu) exercido pelos Procuradores do Estado. 7. O controle interno da legalidade e os interesses fazendários. 8. Conclusões.

1. *Introdução*

O presente trabalho visa a explorar aspectos inovadores do controle da legalidade tomado no sentido lato.

Recentemente, no "Encontro de Valorização da Advocacia Pública", realizado na Cidade de São Paulo, sob os auspícios do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria do Estado de São Paulo, o eminente Professor MIGUEL SEABRA FAGUNDES concluiu a sua conferência de abertura sublinhando a imperiosa necessidade de desenvolver-se um sistema amplo de controle interno de legalidade da Administração. No decorrer dos trabalhos, ainda outros ilustres expositores desenvolveram o tema, nessa mesma linha de idéias, ficando demonstrado, no evento, que o conceito de legalidade no sentido amplo envolve, hoje, tanto o conceito de lega-

lidade (*stricto sensu*), como o de legitimidade e o de licitude, tornando aquele sistema muito mais abrangente do que o seria se se tratasse de um controle da legalidade no sentido estrito.

Procura-se, portanto, partir desses entendimentos, ou melhor, dessa conceituação, que vem a ser, em última análise, a integral submissão da Administração à *ordem jurídica* tomada em sua plenitude, ou seja, o *controle da juridicidade*.

2. A Administração Pública — Conceito

Cumpra definir, desde logo, como premissa o conceito que temos de administração pública: “O conjunto de atividades preponderantemente executórias, praticadas pelas pessoas jurídicas de direito público ou por suas delegatárias, gerindo interesses públicos, na prossecução dos fins legalmente cometidos aos Estados”¹.

Neste sentido, a administração pública vem a ser uma *função do Estado*, a ser desempenhada por vários órgãos de sua estrutura, mas principalmente concentrada nos Poderes Executivos das unidades políticas da Federação.

Essa função visa concreta, direta e imediatamente à realização do *interesse público*.

3. O interesse público e os controles da Administração Pública

O Estado age subordinado ao que é *definido em lei* como *interesse público*, pois só à lei cabe defini-lo, especificando-o a partir das pautas gerais da Constituição. Podemos distinguir, assim, vários tipos de interesse público, mas, para o controle dos atos da Administração, vai interessar, particularmente, a distinção de seus dois níveis de expressão: o *nível político* e o *nível jurídico*.

Nas sociedades, como a nossa, em que se pratica a democracia representativa cabe, em princípio, a seus mandatários políticos, captar o interesse público e interpretá-lo ou defini-lo, para legislar sobre aquilo que perceberam ser o interesse público.

Nosso regime, embora fundado nessa técnica de participação indireta, a que se dá pelos representantes políticos, prevê, ainda, o uso da participação direta e semidireta em várias hipóteses em que se pretenda captar

¹ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 10ª edição, 1992.

mais aproximadamente a vontade política da maioria, surgindo institutos de diversos tipos, inclusive para que se possibilite a *participação legislativa*, ou seja, para dizer diretamente qual o interesse público.

Essas modalidades, sem dúvida, são todas instrumentos que nos levam à definição e à fiel prossecução do interesse público, realizando-se “a conformidade da ação do Estado com a vontade política dominante na sociedade”; é o que se denomina *legitimidade*.

Dessa forma, o interesse público, quando juridicamente expresso, passa a ser a *crystalização* da vontade política e, no Estado de Direito, a dicção da vontade soberana da Lei.

O controle, como sabemos, tem como finalidade assegurar que a Administração Pública atue de acordo com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

O controle dos atos da Administração Pública constitui *poder-dever* dos órgãos a que a lei atribui essa função e diz respeito ao *interesse público*.

4. Os parâmetros éticos do controle

São três: a *legalidade*, a *legitimidade* e a *licitude*.

A *legalidade* é a sujeição à lei e comporta dois aspectos: o *amplo* e o *restrito*.

A *legitimidade*, por sua vez, já foi conceituada, realçando-se que:

“A definição do Estado como Democrático e de Direito (art. 1.º da Constituição) pressupõe o reconhecimento de duas distintas ordens”².

A ordem ético-política corresponde o conceito de legitimidade, e à ordem ético-jurídica, o conceito de legalidade, tal como serão tratados no presente trabalho.

Ambas as modalidades de controle, de legitimidade e de legalidade têm assento constitucional. O princípio de legitimidade está expresso no

² Ob. cit., p. 2.

6. O controle interno de legalidade (lato sensu) exercido pelos Procuradores do Estado

Vejamos o embasamento constitucional:

O art. 132 da Constituição Federal estabelece:

“Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135” (nosso grifo).

Por seu turno, o art. 173, § 3.º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispõe:

“Art. 173.

§ 3.º — A Procuradoria-Geral oficiará objetivamente no controle interno da legalidade, dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público” (nosso grifo).

Como se vê, os Procuradores do Estado conformam a primeira barreira de legalidade dos atos do Executivo, ou seja, cabendo-lhes a provedoria interna da legalidade, ao mesmo tempo que a defesa dos interesses fazendários das respectivas entidades políticas.

É indubitável que devem ser compatibilizadas, entre si, todas essas funções de controle constitucionais.

O Poder Público, ou Administração Pública, são ambas expressões que admitem vários sentidos, conforme explica o Prof. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA ³:

“a) em sentido orgânico, estrutural, estético, de conjunto de órgãos sistematizados em organismos, órgãos que nada mais são do que espécie de competências, de capacidade, de legitimidades jurídicas, de círculos de atribuições, esferas de divisão do trabalho governamental; b) em sentido funcional, de atividade,

³ SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, 3º volume, p. 9, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991.

de exercício dessas atribuições, competências e capacidades, por quem está investido nos mencionados órgãos.”

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal estabelece que se está cuidando de administração pública de qualquer dos poderes das entidades federativas.

Assim, ainda, na lição do referido Mestre, o Poder, em termos públicos, é uma capacidade jurídica que tem de ser exercida, inarredavelmente, objetivando tais fins: não é o poder cujo exercício satisfaz os interesses de seu titular, mas o poder-compromisso, o poder-dever, que tem de ser exercitado em função de interesses de coletividade, traduzidos no público (estatal) e no social (comunitário).

Entretanto, ainda conforme os ensinamentos do citado autor bem como, desde 1989 vem prelecionando o nosso colega, o Procurador do Estado, DIOGÓ DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, há uma novidade constitucional, além dos três Poderes Políticos tradicionais: trata-se das instituições inseridas no Poder Público, no Título IV, Capítulo IV — “Das Funções Essenciais à Justiça”, por elas responsáveis.

Essas *instituições* têm, todas elas, suas respectivas estruturas, como seus órgãos de execução e atuação, exercendo atividades junto a todos os Poderes, mas sem os integrarem (Constituição Federal, art. 85, II).

Assim é que, repita-se, às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, compete, no exercício de suas funções:

“a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135” (art. 132 da Constituição Federal).

Como conseqüência, essas instituições que exercem “funções essenciais à justiça” (respeitadas às espécies funcionais atribuídas a cada uma delas), se identificam como uma quarta modalidade funcional, que, no dizer do Professor SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em sua obra supracitada, é “a *função de provedoria de justiça*, cuja finalidade é contribuir para realização humana, democrática, equânime, do direito, seja Poder Público, seja no relacionamento dos governadores”.

Dessa forma, cabe, essencialmente, aos Procuradores do Estado, não só pelo *implicitamente* contido no art. 132 da Constituição Federal, mas

também, como princípio *expresso* nas Constituições Estaduais ⁴, o controle interno da legalidade da administração pública.

Observe-se, entretanto, que a ressalva feita na Constituição do Estado do Rio de Janeiro ⁴, com relação aos membros do Ministério Público, refere-se a outro tipo de controle, voltado a interesses específicos e com diferentes objetivos. O controle interno exercido pelos Procuradores não pode, isto sim, exorbitar e ingressar no âmbito externo de competência do Ministério Público (art. 127, *caput* e art. 129, CF).

A atividade de controle interno exercida pelos Procuradores do Estado antecede, logicamente, à do Ministério Público, favorecendo a atuação deste, mercê da mediação e intimidade que tem com a Administração.

É de se notar, que nada impede a acumulação de controle sobre os mesmos atos, ainda porque, cada tipo de controle tem sua natureza própria e destinação específica.

Assim, por exemplo, uma ilegalidade orçamentária, pode ser objeto de controle interno orçamentário (Administração Pública), do controle externo orçamentário (Tribunal de Contas), de controle interno da Procuradoria do Estado e, se isto configurar um ilícito penal, caberá, ainda, o controle por parte do Ministério Público.

Valhamo-nos de outro exemplo: a imoralidade administrativa deve ser objeto de controle da Procuradoria do Estado, mas também do Ministério Público, e ainda dos órgãos da própria Administração Pública e, por disposição constitucional, do controle do cidadão, através da ação popular, terminando pelo controle jurisdicional, que é o definitivo.

Como se vê, um controle não afasta outros, senão que compõem um *sistema*, cuja transcendental importância no direito contemporâneo vai ganhando maior expressão, à medida em que, multiplicam-se e aperfeiçoam-se os *institutos*, bem como amplia-se a *participação popular*, especificamente voltada ao controle da juridicidade dos atos da Administração.

Tudo isso revela uma marcada tendência contemporânea, de cujo acompanhamento e estudo não se podem dispensar os Procuradores do Estado, bem como os demais membros exercentes de funções essenciais à justiça, porquanto, repisemos, o sistema deve ser concebido de tal forma,

⁴ A Constituição Estadual do Rio de Janeiro, estabelece no § 3º do art. 173: "a Procuradoria-Geral oficialará obrigatoriamente no controle interno de legalidade dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentário, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público".

que não se permitam espaços de atuação pública sem que alcance o controle, mesmo que, sobre a atuação administrativa venham a incidir mais de um instituto ou modo de exercício desse controle.

Dessa forma, diante de fenômenos tão novos, dependendo do tipo de interesse protegido pela ordem jurídica, a atitude do intérprete do Direito, bem como de seu aplicador há de ser de atenção, prudência e estudo, sempre tendo em vista a *absoluta prioridade de defender a legalidade*, no sentido amplo, sinônima, portanto de juridicidade: observância da ordem jurídica integral.

Qualquer conflito que surja, só o será, aparentemente, pois em cada caso, a ordem jurídica só estará satisfeita se os três princípios forem simultaneamente observados.

Passa, assim, a ser dever de todos, que estudamos e aplicamos o Direito, distinguir esses princípios, que, como se expôs, conformam, em sua totalidade, a *juridicidade*, ou seja, a observância integral da ordem jurídica.

7 O controle interno da legalidade e os interesses fazendários

Aspecto particular desse controle, refere-se aos interesses fazendários.

Com esses esclarecimentos, já se pode verificar, desde logo, que não há um conflito real entre a legalidade, *lato sensu*, e os interesses do Erário.

A licitude, ou a moralidade, por não estar definida na norma legal, deve sempre ser atendida, mesmo quando o esteja a legalidade e a legitimidade, pois o Direito não pode ser aplicado com resultados aéticos. A legalidade em sentido amplo, quando o ato administrativo for discricionário, não pode, por sua vez, deixar de ser atendida, mesmo que a *legalidade estrita tenha sido satisfeita*.

É dever do servidor público (no sentido lato), e, no caso, dos *agentes políticos*, atentarem para o sentido moral da ação do Estado, pois tal dever decorre da própria relação de função pública — é um dever de ontológico, isto é, da moral profissional, do exercente de função pública.

Por outro lado, o dever de legitimidade está balizado pela *finalidade pública* contida na lei.

Assim, é dever dos Procuradores do Estado, atentar também, para a licitude e a legitimidade dos atos do Poder Executivo, no cumprimento, do dever de controle interno integral da legalidade.

Ainda que algum pronunciamento possa ser desfavorável a interesses financeiros da Fazenda Pública, para que a atuação de controle se conforme plenamente à ordem jurídica, deve ser amplo, sempre que qualquer ato venha a infringir os valores tutelados por sua função de provedoria.

Neste sentido, esclarece ainda SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em sua obra já citada:

“É inteiramente superada a visão de que, no desenvolvimento de qualquer desses aspectos da função administrativa, o poder público é menos imparcial; que os interesses da Fazenda Pública devem ser defendidos com a passionalidade, o personalismo com que o particular procura satisfazer os seus, mormente os de ordem patrimonial. Na instância administrativa, seja contenciosamente, ou não, a “vitória” da administração pública será a execução justa da lei, mesmo que, para isso, tenha de reconhecer que errou, e modifique, revogue, anule seus atos, supra suas omissões. A justiça — num sentido ainda mais amplo e profundo do que aquela cuja realização está entregue ao judiciário — é obrigação do administrador público, e para ele também serve, na sua realização, a simbologia de Têmis.”

8. Conclusões

1 — Na sua atuação político-profissional, o Procurador do Estado não pode ignorar as novas e atuais exigências da integralidade da ordem jurídica.

2 — Cabe-lhe examinar, *in casu*, em seqüência, a satisfação da legalidade tradicional (*stricto sensu*) da legitimidade, e, ainda, da licitude.

3 — Ao exercer a função de consultoria, deve dar ênfase a essa atividade de executor do controle interno da legalidade, abrangente da totalidade dos valores da ordem jurídica.

4 — O controle interno da legalidade, sempre que necessário, não cederá diante de interesses de menor dimensão finalística, como os *puramente fazendários*, pois o Estado deve ser um ente ético, que gere recursos públicos para atingir suas finalidades constitucionais e legais, entre as quais não está o *lucro*, nem tampouco, o sacrifício de outros valores que também deva primacialmente observar, pois a ética é um interesse público primário e o aporte aos cofres públicos, sempre um interesse público secundário, ou instrumental.

Controle Externo do Poder Judiciário

JOSÉ EDUARDO SABO PAES

Promotor de Justiça e Diretor-Geral do
MPDFT

SUMÁRIO

1. *Introdução — Análise constitucional.*
2. *Constituição de 1967 — Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69.*
3. *Constituição de 1988 — Trabalhos constituintes.*
4. *Proposta de Emenda à Constituição.*
5. *Direito Comparado — Constituição italiana — Constituição espanhola.*
6. *Conclusão.*
7. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

O Poder Judiciário, como os dois outros Poderes Legislativo e Executivo, tem sobre si o denominado controle interno, exercido ordinariamente e em âmbito estadual pelas Corregedorias de Justiça, órgãos integrantes dos Tribunais, não havendo no atual momento constitucional órgão nacional responsável pelo controle da atividade administrativa e funcional de seus membros. De igual forma sobre os Poderes Legislativo e Executivo existem um controle externo, não existindo no âmbito do Poder Judiciário órgão composto por membros de outros poderes a fim de controlá-lo exclusivamente.

No trabalho ora desenvolvido constata-se tanto a evolução como a involução do controle interno do Poder Judiciário, como as discussões em

sede do Poder Constituinte, como a análise da Proposta de Emenda à Constituição de 1988, como por fim rápida análise de dois ordenamentos jurídicos estrangeiros onde viceja o controle externo no Poder Judiciário.

2. *Constituição de 1967 — Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69*

Originariamente não havia, no Texto Constitucional, expressa previsão de órgão integrante do Poder Judiciário com competência de controlar a atividade administrativa e funcional de seus membros.

Só com o advento da Emenda Constitucional n.º 7, de 13-4-77, inseriu-se na Carta de 1967 o Conselho Nacional de Magistratura.

Como órgão do Poder Judiciário, insere-se o referido Conselho nos arts. 112 e 120, §§ 1.º e 2.º, compondo-se de sete ministros do Supremo Tribunal Federal e com jurisdição em todo o território nacional. Tendo como atribuições conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, cabendo ao Procurador-Geral da República funcionar junto ao referido conselho.

Também em sede constitucional, ficou estatuído, parágrafo único do art. 112, que Lei Complementar, denominada *Lei Orgânica da Magistratura Nacional* (LOMAN), estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes.

Com o advento, em 14-3-79, da LOMAN, foi o Conselho Nacional da Magistratura disciplinado na órbita de Lei Complementar em aspectos referentes ao exercício de suas atribuições, em especial no que tange ao processamento das reclamações contra membros de Tribunal (arts. 50 a 60).

Todavia, inobstante as atribuições e o poder conferido a este órgão, não demonstrou ele, no curso de sua existência, ser apropriado para controlar ou disciplinar os atos dos membros do Poder Judiciário. Como crítica salienta-se primeiramente a sua composição restrita a Ministros do

Supremo, a permanência do Procurador-Geral da República com reduzidos poderes. Também os poderes do relator da reclamação foram objetos de críticas, vez que podia ele *ab initio* arquivar a reclamação no próprio processo, não havia prévia definição quer quanto a prazo ou produção de provas e, ainda, em alguns casos sigilosos certamente redundava em fatos prejudiciais ao julgamento pelo Conselho Nacional da Magistratura e ao próprio exercício do controle do Poder Judiciário.

3. *Constituição de 1988 — Trabalhos constituintes*

Por ocasião da Assembléia Nacional Constituinte, quando da elaboração da Constituição de 1988, várias foram as sugestões e emendas objetivando criar órgão no Poder Judiciário para cuidar da fiscalização disciplinar daquele Poder.

Em todas as fases do processo constituinte existiram tentativas para inserir em sede constitucional tal órgão. Como justificativa inicial unânime foram os constituintes que subscreveram as propostas que a existência de um órgão censório atenderia à necessidade de disciplinar a atividade judiciária e fiscalizar os serviços por eles realizados de forma efetiva, a programar pelo interesse superior da administração e distribuição da Justiça.

Todavia, para o resguardo da independência do Judiciário fundamentado foram as emendas no sentido de que o referido órgão de controle deveria compor-se por magistrados não se admitindo que integrassem o Conselho Nacional de Justiça (denominação sugerida para o órgão) autoridades de outros Poderes. Justificando os Senadores Constituintes Afonso Arinos e Maurício Corrêa nas Emendas de números ES25499-5 e ES27466-0.

“ES25499-5 — JUSTIFICATIVA: Os juizes, de qualquer grau e instância, têm seus deveres, ao lado de prerrogativas. A existência de órgãos censórios atende à necessidade de a disciplina judiciária e a fiscalização de seus serviços se realizarem, de forma efetiva, no interesse superior de administração e distribuição da Justiça. O controle, fiscalização e disciplina das atividades e funcionamento dos Tribunais e Juízos há de se fazer-se, entretanto, com atenção a um princípio fundamental, qual seja, o resguardo da independência do Judiciário, enquanto um dos poderes do Estado.

Dai por que o órgão de controle dos atos do Poder Judiciário há de compor-se por magistrados, não sendo admissível o Conselho de Justiça integrado por autoridades de outros Poderes. Isso comprometeria, sem dúvida, a indispensável independência dos juízes que têm seus atos reexaminados, sempre, no âmbito do próprio Poder de autoridades judiciárias superiores. No caso, o Conselho de Justiça com composição e competência a serem definidas em lei complementar terá, sem dúvida, jurisdição sobre todos os Tribunais e Juízes. A independência do Judiciário estará, assim, resguardada. É a independência do Judiciário uma garantia para os cidadãos, sem a qual não há instituições democráticas autênticas. Somente em países, onde não se assegura a independência do Judiciário, como Poder, será cabível um Conselho Nacional de Justiça integrado por dignatários de outros Poderes a terem ingerência, inclusive, no funcionamento do Poder de administrar a Justiça.”

Salienta-se que houve além da proposta visando restaurar o Conselho Nacional da Magistratura tal qual o estabelecido pela Emenda Constitucional de 13-4-77, apenas com a nomenclatura de Conselho Nacional de Justiça (Emenda n.º ES27742-0 de autoria do Constituinte Mário Maia) proposta acrescentando na composição do Conselho Nacional de Justiça a participação de membros do Ministério Público, advogados e integrantes das duas Casas do Congresso Nacional (em 1P15177-5 Cte. José Ignácio Ferreira), ou tão-só advogado (Emenda n.º ES32034-3 Cte. Brandão Monteiro) apresentando, como justificativa que:

“O controle externo da função jurisdicional, para garantia dos que a invocam, é instituto essencial ao aprimoramento das instituições democráticas e se insere no princípio participativo.

A exigência de tal controle é tanto maior, quanto maiores se tornam os poderes do juiz, acompanhados do necessário reforço da autonomia jurídica, política e econômica do Judiciário como um todo.

Por isso é que os regimes democráticos modernos, como o da Itália, instituem, a nível constitucional, órgãos de composição mista, para exercerem o referido controle. O modelo participativo da nova Constituição brasileira não pode desconhecer mecanismos de controle externo, como o ora proposto, que levam

inquestionável vantagem sobre o sistema de controle pelo Legislativo, limitado à fiscalização dos recursos financeiros (art. 196, § 3.º) ou controles internos, como o do art. 205, § 2.º”

4. *Proposta de Emenda à Constituição*

Inobstante as várias proposições durante o transcurso da Assembléia Nacional Constituinte não houve o interesse político de consagrar-se naquela oportunidade, na órbita constitucional a criação de um órgão de controle do Poder Judiciário.

No entanto, quer pela evolução natural do pensamento político dos legisladores quer até pelas próprias críticas à eficiência do controle interno do Poder Judiciário reiniciado foram os debates sobre o tema com a proposta, em maio do ano de 1991, pelo Senador Maurício Corrêa de emenda à Constituição objetivando criar o Conselho Nacional de Justiça, órgão que segundo a proposta terá como competência o controle externo de atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário, tendo sua organização, funcionamento e composição definidas em lei complementar, assegurando-se na composição do Conselho a participação de magistrados, membros do Ministério Público e advogados.

Na presente proposta segundo sua própria justificativa pretende-se recriar um órgão com atribuições semelhantes ao extinto Conselho Nacional da Magistratura, porém não composto exclusivamente por membros do Poder Judiciário e destinado a exercer o controle como órgão auxiliar do Poder Judiciário visando o aprimoramento das instituições democráticas.

5. *Direito Comparado — Constituição italiana e espanhola*

Presente está no ordenamento jurídico em nível constitucional da Itália e Espanha órgão de controle do Poder Judiciário composto não só por membros daquele Poder.

A Constituição italiana em vigor prevê a par de uma magistratura autônoma e independente de qualquer outro poder (*caput* do art. 104) a existência do Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo Presidente da República e integrado pelo presidente e o Procurador-Geral da Corte de Cassação (Supremo Tribunal de Justiça) tendo, também, dois terços de seus integrantes oriundos da magistratura e um terço por escolha do Parlamento entre os professores de disciplinas jurídicas das Universidades e

dos com mais de quinze anos de efetivo exercício. É da incumbência do referido Conselho Superior, segundo as normas do ordenamento judiciário, as promoções, as designações e as transferências, assim como as providências disciplinares a respeito dos magistrados (art. 105 da Constituição).

A Constituição espanhola sancionada em 27-12-78, dispõe no seu art. 122, inciso II sobre a existência do Conselho Geral do Poder Judiciário como órgão de governo do mesmo. Cabendo a lei orgânica estabelecer seu estatuto e regime de incompatibilidades de seus membros e funções, especialmente em matéria de nomeações, promoções, inspeções e regime disciplinar.

Ainda no art. 122, inciso 3, disposto está que o referido Conselho Geral do Poder Judiciário (CGPJ) será integrado pelo Presidente do Tribunal Supremo que o presidirá e por vinte membros nomeados pelo Rei por um período de cinco anos. Destes, doze entre juizes e magistrados de todas as categorias, nos termos que estabeleça lei orgânica, quatro a proposta do Congresso dos Deputados, e quatro à proposta do Senado, eleitos em ambos os casos por maioria de três quintos de seus membros, entre advogados e outros juristas, todos eles de reconhecida competência e com mais de quinze anos de exercício da sua profissão.

Posteriormente, já em 1985 com o advento da lei orgânica 685 a segunda composição do referido Conselho Geral foi disciplinada de forma diferente vez que dispôs a lei que todos os vinte membros do Conselho deveriam ser eleitos pelos Deputados e Senadores, proporcionalmente, cabendo aos eleitos e nomeados eleger o presidente e o vice-presidente do Conselho.

Constata-se assim, do exame das regras constitucionais sobre o controle do Poder Judiciário nestes dois países que, a maioria dos integrantes dos Conselhos, dois terços no Conselho Superior da Magistratura italiana e, inicialmente sessenta por cento no Conselho Geral do Poder Judiciário espanhol são oriundos da classe dos magistrados tendo ainda, os demais integrantes formação específica na advocacia ou magistério jurídico.

Necessário, também, ressaltar-se que o já referido CGPJ espanhol, passou após de uma composição predominantemente técnica para uma fortemente política vez que todos os vinte membros do Conselho passaram a ser eleitos pelos parlamentares, sistema de nomeações gerador de várias críticas por parte de segmentos da sociedade espanhola em face do predo-

minante interesse partidário na divisão dos cargos e postos a serem preenchidos, procedimento este certamente incompatível com a administração da justiça.

6. Conclusão

Após o exame e a análise do tema cabe tanto a indagação da necessidade ou não de um controle externo para o Poder Judiciário, como também, caso a resposta seja afirmativa de que forma seria composto este órgão externo e que atribuições lhe seriam cometidas.

Creio caber, de igual forma frisar-se que acentuada é a necessidade de um órgão de controle do Poder Judiciário a nível nacional vez que inobstante as críticas ao extinto Conselho Nacional da Magistratura, presente na ordem constitucional anterior, não existe, no momento na ordem jurídica vigente nenhum órgão semelhante, havendo apenas sugestão do Supremo Tribunal Federal através de anteprojeto de estatuto para a Magistratura nacional da criação de um Conselho Nacional de Administração Nacional da Justiça composto tão-só de membros do Poder Judiciário e com reduzidos poderes disciplinares.

Tal lacuna, por via de consequência direta impõe às Corregedorias de Justiça estaduais e às Corregedorias dos Tribunais Regionais e Superiores uma maior atuação na disciplina da atividade judiciária, vez que como órgãos de controle interno compete-lhes, no primeiro momento a ação firme de correição e correção dos atos e serviços de todos os órgãos prestadores de justiça.

Creio, ainda que a necessidade de órgão censório externo para o Poder Judiciário firma-se com mais evidência na medida em que possa existir omissão, ineficácia ou morosidade nas ações e decisões das Corregedorias de Justiça.

Surge então, com mais força e ímpeto a idéia de um órgão de controle externo composto além dos magistrados, de advogados e membros do Ministério Público, a fim de que com esta composição mista possa auxiliar o próprio Poder Judiciário no perfeito desenvolvimento de sua atividade administrativa e no melhor desempenho dos deveres funcionais de seus membros.

Parece-me certo, inclusive pela própria experiência nos países que estabeleceram em nível constitucional órgão de controle externo, que tanto na composição como no procedimento de escolha dos integrantes deste órgão

deveria haver uma maioria de membros do próprio Poder Judiciário e, a outra parte, de membros das funções essenciais a prestação da Justiça, não devendo, sob hipótese, criar-se uma ingerência direta na própria independência daquele Poder, ser tal escolha a critério de um só dos Poderes, Executivo, Judiciário ou Legislativo.

Por fim, mister finalizar-se com a colocação de que quer na discriminação das competências de um possível órgão censório quer no seu funcionamento há que tanto respeitar-se os severos e intransponíveis postulados constitucionais da autonomia administrativa financeira como observar-se os princípios maiores da independência e da liberdade dos juízes de decidir as lides tão-somente de conformidade com o ordenamento jurídico.

7. *Bibliografia*

GOMES, Luiz Flávio, *Controle Externo do Poder Judiciário*, RT 668, junho de 1991, pp. 231 a 236.

LIMA, Paulo C. A., *Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Crítica-Exegese, Lei Complementar nº 35, de 14-3-79, Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-77, Ed. Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1979, p. 399.*

Constituição da República do Brasil de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, 10ª edição, p. 406.

Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988, p. 292.

Constituição Espanhola, Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras, volume 1, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, pp. 356 a 411.

Constituição Italiana, Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras, volume 2, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, pp. 519 a 544.

***Estatuto da Magistratura Nacional (Anteprojeto)*, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, Diário da Justiça (Seção I), de 27-1-92, Brasília, Distrito Federal, pp. 233 a 239.**

Emenda à Constituição nº 12, de 1991, proposta do Senador Maurício Corrêa, criando o Conselho Nacional de Justiça, publicado no DCN (Seção II), de 18-5-91.

Emendas propostas no transcurso da Assembléia Nacional Constituinte de 1986, nos ES25499-5, ES27466-0, 1P151775, ES27742-1, ES32034-3, respectivamente dos Constituintes Afonso Arinos, Maurício Corrêa, José Ignácio Ferrelra, Mário Maia e Brandão Monteiro.

Tutela Jurídica sobre as Reservas Extrativistas

MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES

e

LUIZ DANIEL FELIPPE

Advogados em Curitiba

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O extrativismo como instrumento da Política Nacional da Reforma Agrária — PNRA.* 3. *O extrativismo como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente.* 4. *Regulamentação do extrativismo sustentado.* 4.1. *Conceito.* 4.2. *Constitucionalidade* 4.3. *Fundamento e finalidade.* 4.4. *Responsabilidade.* 4.5. *Requisitos.* 4.6. *Modelo de funcionamento.* 5. *Criação das reservas extrativistas.* 6. *Espaços públicos e competências.* 7. *Considerações finais.*

1. *Introdução*

O Brasil, desde julho de 1989, institucionalizou o extrativismo sustentado como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente¹ e, de conseqüência, passou a tutelar as reservas extrativistas como unidades de conservação ambiental.

¹ Isto se deu pela edição da Lei nº 7.804, de 24 de julho de 1989.

Desta tutela, ou mais propriamente, deste dever tutelar do Estado, nascido da entronização do instituto das reservas extrativistas no ordenamento jurídico brasileiro, a mais significativa conseqüência foi, sem dúvida, alçar o Poder Público, da condição de sujeito passivo para a de sujeito ativo na responsabilidade por esta unidade de conservação.

Isto ocorreu a partir de um longo e contínuo processo de lutas e conquistas que aglutinou diversos segmentos, como lideranças populares de castanheiros, seringueiros e ribeirinhos da Região Norte do Brasil, intelectuais reunidos em torno de organizações não-governamentais, bem como de agentes públicos voltados à causa ambiental.

Do final do século passado — quando milhares de nordestinos migraram para a Região Amazônica, passando pelas sucessivas crises que se abateram sobre a exploração extrativista dos recursos naturais renováveis —, até os dias atuais, onde o extrativismo sustentado encontra previsão e disciplinamento legal, existe uma ordem de acontecimentos, tanto no plano político, quanto no jurídico, que delinearam a institucionalização desta unidade de conservação.

Interessam, por ora, os “acontecimentos” jurídicos, isto é, os marcos normativos existentes no direito brasileiro que, direta ou indiretamente, recepcionaram o extrativismo sustentado, fixando e delineando o arcabouço tutelar do Estado requerido para sua manutenção e aprimoramento.

Entre os diversos critérios metodológicos disponíveis para abordar a temática, o mais didático parece ser o cronológico, na medida que insinua a existência do processo sócio-político subjacente a “juridicização” do extrativismo sustentado, bem como as diferentes tentativas de sua institucionalização.

2. *O extrativismo como instrumento da Política Nacional da Reforma Agrária — PNRA*

A trajetória institucional do extrativismo tem seu marco inicial em uma portaria, mero ato administrativo ordinatório e, como tal, adstrito ao âmbito interno do próprio órgão que a expediu, sem força para sujeitar qualquer relação jurídica exterior².

Trata-se da Portaria n.º 627, baixada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, em 30 de julho de 1987, como resultado do esforço de um Grupo de Trabalho que contou com o

² Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal (STF, RF 105/65 e 277, 112/202).

assessoramento do Conselho Nacional dos Seringueiros e do então Instituto de Estudos Amazônicos³.

A inexistência, à época, de diplomas jurídicos capazes de introduzir a proposta do extrativismo sustentado no âmbito das políticas públicas ambientais, aliada às expectativas depositadas na reformulação do conceito de função social da propriedade no curso dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, indicavam a oportunidade de se incluir a proposta no contexto da Política Nacional de Reforma Agrária.

Concebendo esta forma de extrativismo como uma alternativa aos projetos de assentamento fundiário executados pelo órgão gestor de terras da União, a Portaria n.º 627/87 instituiu os PAEx — Projetos de Assentamento Extrativista.

Este diploma apresenta um delineamento altamente programático, refletido nos considerandos que o motivam. Talvez porque pioneiro e certamente pela influência das organizações que assessoraram sua edição, a justificativa do modelo paradigmático criado se sobrepõe à normatização do instituto, naquele momento, abrigado na legislação.

Não obstante, a Portaria n.º 627/87 acabou por contemplar duas inovações que persistiriam quando da regulamentação da reserva extrativista como unidade de conservação ambiental: a utilização condominial da área e o contrato de concessão de direito real de uso.

A opção pela EXPLORAÇÃO CONDOMINIAL pretendeu pôr fim ao tradicional modelo de parcelamento do solo em lotes, de todo incompatível com a atividade extrativista, pautada, em regra, por atividades que se entrecruzam, como são exemplos as “estradas de seringa” na extração da borracha.

O contrato de CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO — através do qual são transferidos direitos para serem exercidos em fins específicos e previamente determinados — encontra previsão legal no Decreto-Lei n.º 271/67.

Por esta especial modalidade de contrato, foi possível a concepção de um modelo de assentamento que permitisse, a um só tempo, a destinação *ut singuli* da área, e a imposição de condições especiais ao concessionário, entre as quais, a intransmissibilidade *inter vivos* e a rescindibilidade do contrato quando verificados danos ambientais.

Por força desta portaria, foram instituídos cerca de dez projetos de assentamento extrativista, contemplando-se cerca de três mil famílias em

3 Hoje, Instituto de Estudos Amazônicos e Ambientais.

aproximadamente novecentos mil hectares, conforme dados colhidos no INCRA, em 1989.

Estes assentamentos, inseridos no contexto da reforma agrária, sofreram nos últimos anos a mesma desaceleração desta, não se tendo notícias de que outros projetos tivessem sido implantados.

3. *O extrativismo como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente*

O advento de uma nova ordem constitucional, em outubro de 1988, conferindo todo um capítulo ao meio ambiente⁴, acabou por cunhar um espaço muito preciso para a inserção do extrativismo sustentado na legislação ordinária brasileira.

As festejadas inovações trazidas pela constitucionalização do meio ambiente, determinaram um extraordinário plexo de transformações na legislação infraconstitucional atinente à matéria, inclusive na própria Lei n.º 6.938/81, concebida para estruturar a Política Nacional do Meio Ambiente, embalada, na ocasião, por fortes movimentos internos e internacionais de defesa ambiental.

Coube à Lei n.º 7.804, de 24 de julho de 1989, compatibilizar a Política Nacional do Meio Ambiente às disposições constitucionais. Com base no inciso III do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal — que conferiu ao Poder Público o dever de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos” — esta lei, alterando a de n.º 6.938/81, incluiu no rol dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente as reservas extrativistas, fazendo-o nos seguintes termos:

“Art. 9.º — São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

.....

VI) a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas.”

O legislador ordinário, por este dispositivo, alojava as reservas extrativistas em seu *habitat* natural, ou seja, na Política Nacional do Meio Ambiente. Ademais, pela expressa menção às reservas extrativistas, abria-se a

4 Capítulo VI, do Título VIII.

possibilidade de normatizar a matéria via decreto, conferindo-lhe o *status* de instituto juridicamente tutelado pelo Poder Público⁵.

4. *Regulamentação do extrativismo sustentado*

Com efeito, a despeito da auto-aplicabilidade do dispositivo, tornava-se imperioso ao órgão gestor da Política Nacional do Meio Ambiente regulamentar esta unidade de conservação, até então desconhecida no direito brasileiro e na própria tecnoburocracia estatal. Para tanto, já em setembro do mesmo ano, por ato da Presidência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, foi criado um Grupo de Trabalho composto por técnicos do INCRA, do próprio IBAMA, do Instituto de Estudos Amazônicos — IEA e de lideranças do Conselho Nacional dos Seringueiros — CNS.

Por sugestão do representante do Instituto de Estudos Amazônicos, avançou-se na proposta da simples regulamentação da norma no amplo contexto da regulamentação da Lei n.º 7.804/89, para a elaboração de um decreto específico sobre as reservas extrativistas.

Em 30 de janeiro de 1990, foi assinado pelo Presidente da República o Decreto n.º 98.897 nos exatos termos da proposta apresentada pelo referido Grupo de Trabalho.

4.1. *Conceito*

Este decreto fixa, em seu artigo 1.º, o conceito desta unidade de proteção ambiental nos seguintes termos:

“Art. 1.º — As reservas extrativistas são espaços territoriais destinados à exploração auto-sustentável e conservação dos recursos naturais renováveis, por população extrativistas.”

O conceito guarda inteira referibilidade à base empírica que o informa, reduzindo as deformações habitualmente presentes entre realidade social e construção jurídico-positiva. Esta referibilidade é expressa por dois outros termos-conceitos: “conservação dos recursos naturais” e “exploração auto-sustentável”. A um só tempo, conjuga o binômio conservação/exploração, indica o bem jurídico tutelado (recursos naturais), o “modus faciendi” da exploração (auto-sustentável) e os destinatários da unidade (população extrativista).

⁵ Instituto jurídico entendido como “o conjunto de normas que contém a disciplina jurídica” (GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1988. p. 69).

Esta formulação conceitual híbrida, composta por dois núcleo semânticos até então polarizados (exploração/conservação), é paradigmática ao intento constituinte deduzido no § 4.º do artigo 225 da Constituição Federal, que considerando a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como Patrimônio Nacional, condiciona sua utilização "às condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais". Cuida-se de um importante acréscimo, lamentavelmente não previsto no inciso VII do § 1.º, do mesmo artigo, o qual faz tocar sua incidência sobre todo o território nacional.

4.2. *Constitucionalidade*

A aparente inconstitucionalidade presente neste dispositivo é elidida pelo inciso III, § 1.º do artigo 225 da Constituição Federal, que expressamente impõe ao Poder Público o dever de definir espaços territoriais em todas as unidades da Federação a serem especialmente protegidos, com autorização de fazê-lo mesmo por ato do Poder Executivo.

O lastro constitucional torna-se mais palmar na parte final do mesmo inciso, que confere inédita estabilidade normativa aos atos do Executivo e condiciona as supressões ou alterações, em primeiro lugar, a uma lei e, em segundo, a uma destinação que não comprometa a integridade dos atributos que justificaram sua proteção. Perpetua-se, deste modo, a partir de um ato do Executivo, a incolumidade dos atributos naturais do bem tutelado, inconstitucionalizando os atos tanto do Executivo quanto do Legislativo que os comprometam.

Ressalte-se, neste passo, o deslocamento da esfera da discricionariedade administrativa para a vinculada, patrocinada pela letra do art. 1.º do Decreto n.º 98.897/90, que retira do agente público a liberdade na escolha do espaço territorial a ser protegido, operando uma vinculação à ação administrativa e impondo ao Poder Público a criação de reservas extrativistas em espaços territoriais considerados de interesse ecológico e social, assim considerados os que "possuam características da biota que possibilitem sua exploração auto-sustentável, sem prejuízo da conservação ambiental".

Há como uma destinação normativa às áreas que possuam estas características, pela qual o legislador faz incidir toda normatividade do instituto das reservas extrativistas. Retira-se, com isso, a livre opção técnico-política por outras modalidades de regulamentação, impondo-lhe a sistemática extrativista auto-sustentável. Nesse sentido, é colossal a repercussão deste artigo não só no plano ambiental, como no da ordem social e econômica, onde deve ser indagada sua constitucionalidade.

4.3. *Fundamento e finalidade*

Igualmente precisa e paradigmática a qualificação do fundamento deste dever tutelar, expresso na construção de um novo termo-conceito: **INTERESSE ECOLÓGICO E SOCIAL**, com implicações no âmbito da regulamentação fundiária da área (na medida em que estabelece a via desapropriatória) e na órbita procedimental da concessão e utilização da área.

Acentue-se que ao definir os fundamentos deste dever tutelar, o legislador acaba por estabelecer a **FINALIDADE** do ato instituidor, com todos os seus consectários jurídico-doutrinários, inclusive, o controle jurisdicional a partir do desvio de poder, entendido este, como “o desencontro entre a finalidade do ato e a finalidade legal que o condiciona”⁶.

Entre as múltiplas conseqüências da inserção do termo interesse social e ecológico na **FINALIDADE DO ATO**, está a referente à destinação e utilização da área. Não se trata aqui, como se poderia — através de uma interpretação literal da parte final do artigo — conceber que a área se destina à população extrativista. Disto resultaria a aberrante inconstitucionalidade de uma tutela não isonômica do Estado a um determinado conjunto de cidadãos, só por esta razão, desigualmente tratados diante da lei.

Neste sentido, a população extrativista, pela concessão da área, não é agraciada com um especial benefício, mas destinatária de um “munus público”, decorrente de seu “background” e “modus vivendi” que a capacita para cumprir a finalidade indicada na lei. Este é o supedâneo jurídico da dispensa de concorrência pública prévia, prevista no art. 15, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 2.300/86⁷, exigível em todos os contratos firmados pelo Poder Público.

Não só a **VALIDADE** do ato de criação destas unidades condiciona-se ao atendimento deste escopo legal, como também sua própria **MANUTENÇÃO**. Quer isto dizer que a área destinada ao extrativismo sustentado, só manterá o “status” de reserva extrativista e, como tal, de tutelada pelo Estado, quando criada e mantida nos contornos do interesse ecológico e social.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Legalidade — discricionariedade — seus limites e controle”. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, (86): 42-59, abr./jun. 1988, p. 46.

7 Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 15, § 1º: “A Administração, preferentemente à venda ou doação de bens imóveis, concederá direito real de uso, mediante concorrência. A concorrência poderá ser dispensada quando o uso se destinar a concessionário de serviço público, a entidades assistenciais, ou verificar-se relevante interesse público na concessão, devidamente justificado”.

4.4. Responsabilidade

Fica reforçada na raiz, deste modo, a legitimidade de ampla FISCALIZAÇÃO do órgão gestor do meio ambiente sobre esta unidade, justificada agora não apenas pela sua titularidade dominial sobre a área, mas também pela finalidade para a qual foi instituída como unidade de conservação.

Assim, qualquer dano comissivo ou omissivo atribuível aos órgãos públicos e à população extrativista concessionária da área, é passível de responsabilização objetiva⁸, nos exatos termos do § 6.º do art. 37 da Constituição Federal⁹, sem prejuízo do disposto no § 3.º do art. 225¹⁰ que inclusive, “criminaliza” os atos e omissões de pessoas jurídicas.

Por isso, o artigo 5.º do decreto, com acerto, dispõe:

“Art. 5.º — Caberá ao IBAMA supervisionar as áreas extrativistas e acompanhar o cumprimento das condições estipuladas no contrato de que trata o artigo anterior.”

Como leciona BANDEIRA DE MELLO, “cada plexo de poderes é instituído para alvejar determinado escopo; donde, cada ato exercido em nome de tal competência tem, *ipso facto*, um endereço certo, predeterminado: o correspondente à competência do qual é expressão concreta”¹¹. Assim, o IBAMA — em atuação discricionária ou vinculada —, estará sempre adstrito ao dever de atender a finalidade legal, fazendo-a subsumir à realidade social da forma mais precisa possível, sob pena de responder por qualquer desvio intercorrente.

4.5. Requisitos

O artigo 3.º do decreto trata do ato de criação de reservas extrativistas nos seguintes moldes:

“Art. 3.º — Do ato de criação constarão os limites geográficos, a população destinatária e as medidas a serem tomadas pelo Poder

8 Vale dizer, sem a apreciação da culpa do agente.

9 Art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

10 Art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

11 MELLO, ob. cit., p. 46.

Executivo para a sua implantação, ficando a cargo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, as desapropriações que se fizerem necessárias.”

Contempla-se aqui dois elementos bastante nítidos. O primeiro deles, essencial, determina que no “ato de criação constarão os limites geográficos, a população destinatária e as medidas a serem tomadas pelo Poder Público”; o segundo, accidental, retira a competência do INCRA para proceder às desapropriações, transferindo-a ao IBAMA.

O segundo núcleo é de natureza meramente procedimental, mas com profundos reflexos políticos e orçamentários, já que transfere ao próprio órgão gestor do meio ambiente a competência para proceder às desapropriações.

O mesmo não se diga do primeiro núcleo que — ao exigir a publicidade no ato da criação dos limites geográficos, da população destinatária e das medidas a serem tomadas pelo Poder Público para sua implantação — integra-os no contexto da MOTIVAÇÃO do ato, factibilizando seu controle.

Estes requisitos, formadores da infra-estrutura do ato de criação da reserva, uma vez inobservados, rendem ensejo à nulidade, negando qualquer efeito jurídico válido, razão pela qual convém apreendermos, ainda que superficialmente, os contornos conceituais desses elementos.

A expressão LIMITES GEOGRÁFICOS quer significar a definição do polígono da área e não caracterização fundiária (levantamento cadastral, levantamentos de títulos e registros, diagnósticos da área, levantamento de ocupações, etc.). Deste modo, caberá ao Poder Público, por meio de seus órgãos técnicos, estabelecer tão-somente o perímetro com suas características e confinâncias certas ou aproximadas. Observe-se que nem todas as áreas que possuam este perfil terão estabelecidos os limites geográficos para fins de assentamento, mas toda a reserva, necessariamente, deverá conter aquelas características que são, como já sublinhado, integradoras da motivação do ato de criação.

Condição para a criação das reservas extrativistas também é a identificação da POPULAÇÃO DESTINATÁRIA, e neste sentido, o próprio legislador estabelece o perfil da população capaz de fazer frente a este “munus público”: a extrativista. O que se quer é contemplar as comunidades que, ao longo dos anos, criaram valioso e insubstituível “background” na exploração ecologicamente sustentável dos recursos naturais renováveis, deles extraindo seu sustento.

As MEDIDAS A SEREM TOMADAS PELO PODER PÚBLICO consistem, num primeiro momento, na identificação da área (necessária também para permitir uma segura decisão sobre a conveniência e viabilidade de criação das reservas extrativistas); num segundo momento, na regularização fundiária (providência que permite a concentração da área no domínio público, viabilizando, assim, a exploração condominial através dos contratos de concessão de direito real de uso)¹²; e, num terceiro momento, na fiscalização e fornecimento de infra-estrutura que viabilize a reprodução do sistema.

4.6. Modelo de funcionamento

O último dispositivo do Decreto n.º 98.897/90 a ser tratado, é de grande relevância, vez que prescreve as condições estruturais de funcionamento desta unidade de conservação:

“Art. 4.º — A exploração auto-sustentável e a conservação dos recursos naturais será regulada por contrato de concessão real de uso, na forma do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967.

§ 1.º — O direito real de uso será concedido a título gratuito.

§ 2.º — O contrato de concessão incluirá o plano de utilização aprovado pelo IBAMA e conterá cláusula de rescisão quando houver quaisquer danos ao meio ambiente ou a transferência da concessão *inter-vivos*.”

Agiu bem o Poder Executivo em sua função legisferante ao optar pelo CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO, definido pelo Decreto-Lei n.º 271/67 como o instrumento contratual através do qual a Administração transfere o uso, remunerado ou gratuito, de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize para fins de exploração que apresente interesse social.

¹² Dependendo da natureza jurídica das titulações incidentes sobre a área, diferente será o procedimento a ser adotado para a regularização fundiária. Para tanto, as terras devolutas reclamam o devido processo discriminatório, enquanto as terras ou benfeitorias particulares devem ser incorporadas ao patrimônio público através do competente processo desapropriatório, função esta cometida ao IBAMA por expressa disposição legal.

Este contrato oferece grande vantagem em relação a outras modalidades existentes no direito brasileiro, como, *v.g.*, a alienação, doação, permissão, autorização e aforamento ou enfiteuse¹³.

Acertou também o legislador ao fazer expressa menção ao referido Decreto-Lei, posto que com isso evitou a confusão, muito corrente, entre a concessão de uso como direito real sobre coisa alheia e os institutos da concessão de uso administrativo e do direito real de uso previsto nos arts. 742 e seguintes do Código Civil¹⁴.

Ressalte-se a boa técnica legislativa ao mencionar expressamente o art. 7.º do Decreto-Lei, fazendo, só por isso, incidir impostergáveis preceitos normativos como: a) possibilidade de contratação por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo (§ 1.º); b) a imediata fruição do terreno pelo concessionário, respondendo por todos os encargos legais sobre o imóvel e suas rendas (§ 2.º); c) a rescindibilidade da concessão antes do seu termo nos casos do concessionário dar destinação diversa ao imóvel ou descumprir cláusula resolutória, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza, inclusive as úteis e necessárias (§ 3.º)¹⁵.

13 As duas primeiras transferem a titularidade do domínio, enquanto a concessão transfere apenas a titularidade do uso como direito real resolúvel. Esta peculiaridade permite ao Poder Público retomar prontamente o bem, caso o concessionário o destine para fins diversos do contrato. Os institutos da autorização e permissão de uso, por definição legal, são sempre de natureza precária e unilateral e por esta razão não permitem um detalhamento dos direitos e obrigações das partes, tampouco oferecem segurança para quem os recebe. A concessão de uso, ao contrário, sendo um instrumento de natureza contratual, exige não só este detalhamento, como também fixa prazos e condições, o que confere maior segurança e estabilidade à relação jurídica estabelecida. Prefere-se ainda o instituto da concessão ao do aforamento, porque esse já não alcança as exigências das relações contemporâneas. Como ensina o próprio MEIRELLES, "o aforamento é uma velharia que bem merecia desaparecer de nossa legislação e, principalmente, da prática administrativa que até hoje emperra a Administração local com obsoletas limitações ao domínio pleno dos bens municipais..." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1990, p. 442).

14 A concessão de uso administrativa destina-se a outorgar ao particular a faculdade de utilizar um bem público, segundo sua peculiar destinação, afigurando-se com um contrato de natureza pessoal. O direito real de uso contemplado pelo ordenamento civil, consiste na fruição da utilidade da coisa, quando o exigirem as necessidades do usuário e de sua família.

15 Por expressa previsão do Decreto nº 98.897/90, não se aplica aos contratos de concessão de direito real de uso de imóveis destinados ao extrativismo sustentado a regra do § 4º do Decreto-Lei nº 271/67, que autoriza a transmissibilidade "inter vivos", caso não haja disposição em contrário.

Por esta modalidade de contrato, outorga-se ao particular apenas o direito de uso da área, mas garante-se sua oponibilidade "erga omnes", vale dizer, a quem quer que seja, obrigando todos à sujeição do direito de seu titular.

A previsão de GRATUIDADE contida no § 1.º do art. 4.º está consentânea com as peculiaridades que envolvem as populações extrativistas, despossuídas, em regra, de qualquer recurso. Entretanto, mesmo que assim não fosse, aconselhável seria a gratuidade, porque extremamente remotas as possibilidades de lucro em uma exploração econômica desta natureza, onde sobressai-se o caráter social e ambiental.

O art. 4.º, § 2.º, prevê, também, a formalização do contrato mediante PLANO DE UTILIZAÇÃO (ou plano de manejo) que consiste em um estudo detalhado sobre os critérios de exploração de cada uma das atividades econômica real ou potencialmente existentes na área, contendo levantamento e inventário da fauna e flora, bem como os critérios de sua proteção, o delineamento dos aspectos culturais e sociais da população, a aplicação de novas tecnologias de exploração dos recursos naturais e outros dados imprescindíveis.

O último requisito expresso no artigo citado diz respeito à INTRANSMISSIBILIDADE dos direitos sobre a área. A concessão de direito real de uso, a exemplo dos demais direitos reais sobre coisas alheias, é transmissível, em regra, por ato "inter vivos" ou por sucessão legítima ou testamentária. O § 4.º do art. 7.º do já mencionado Decreto-Lei n.º 271/67 tem aplicação menos liberal no caso das reservas extrativistas, vez que nelas a transmissão não poderá operar-se por outros motivos que não o "causa mortis". Esta regra tem alvo certo: impedir a especulação econômica da concessão, forçando o concessionário e seus sucessores a permanecerem na área, valendo-se da concessão para a exploração auto-sustentada.

5. Criação das reservas extrativistas

Com a edição do Decreto n.º 98.897/90, viabilizou-se a criação das reservas extrativistas. Assim, por sugestão da própria comunidade, organizada em torno do Conselho Nacional dos Seringueiros, foram criadas quatro reservas: 1) Reserva Extrativista Chico Mendes, com 9.870.579 ha (Decreto n.º 99.144/90); 2) Reserva Extrativista Rio Ouro Preto, com 204.583 ha (Decreto n.º 99.146/90); 3) Reserva Extrativista Rio Cajari, com 481.650 ha (Decreto n.º 99.145/90); 4) Reserva Extrativista do Alto Juruá, no Estado do Acre, com 506.186 ha (Decreto n.º 98.863/90, publicado seis dias antes do próprio Decreto n.º 98.897/90).

Em maio de 1992, cinco outras reservas foram criadas, a saber:

a) Reserva Extrativista da Mata Grande, no Estado do Maranhão, com 10.450 ha;

b) Reserva Extrativista Ciriaco, no Estado do Maranhão, com 7.050 ha;

c) Reserva Extrativista do Extremo Norte do Estado do Tocantins, Estado do Tocantins, com 9.280 ha;

d) Reserva Extrativista do Quilombo Flexal, no Estado do Maranhão, com 9.542 ha;

e) Reserva Extrativista Marinha do Pirajubaé, no Estado de Santa Catarina, com 1.444 ha.

À exceção desta última, todas as reservas extrativistas estão localizadas na Amazônia.

Os atos de criação destas reservas extrativistas, em cumprimento ao Decreto n.º 98.897/90, estabelecem, em linhas gerais: a) os limites geográficos (art. 1.º); b) a população destinatária (art. 2.º); c) algumas medidas a serem tomadas pelo Poder Público (art. 2.º); e, d) a declaração da área como de interesse social e ecológico (art. 3.º).

Estes decretos, nos termos do inciso III, § 1.º, do artigo 225 da Constituição Federal, somente poderão ser revogados ou derrogados por lei, e mesmo neste caso, sem que se comprometa a vocação extrativista auto-sustentável da região¹⁶.

6. *Espaços públicos e competências*

Para se desincumbir das tarefas de implantação e desenvolvimento¹⁷ das unidades criadas, o presidente do IBAMA, pela Portaria n.º 22-N/92, de 16 de fevereiro de 1992, criou o Centro Nacional de Desenvolvimento Sustentado das Populações Tradicionais — CNPT, sediada no Distrito Federal.

Trata-se do primeiro espaço institucional na estrutura administrativa do Estado brasileiro, destinado especificamente ao tratamento centralizado das questões pertinentes ao extrativismo. Um espaço de que se ressentia

¹⁶ Esta estabilidade poderá ser objeto de modificação quando da revisão constitucional marcada para 1993 (cinco anos após a edição da Constituição Federal, segundo dispõe o artigo 3º do ADCT).

o Poder Público, não só pela necessária especialização dos técnicos envolvidos com esta especial unidade de conservação, como também pela imprescindível articulação entre os diversos órgãos das três esferas de governo, bem como destes com as entidades não-governamentais.

Concebido com uma estrutura altamente participativa, o CNPT é constituído por conselhos nos quais têm assento entidades não-governamentais representativas das populações tradicionais¹⁸, sendo sua presidência definida por eleição direta dos seus próprios membros.

O CNPT teve sua atuação regulamentada através de um Regimento, aprovado pela Portaria n.º 22-A/92, o qual estabelece uma ampla competência que abrange: promover o desenvolvimento sustentado, com populações extrativistas; implantar, consolidar, gerenciar e desenvolver, em conjunto com as populações envolvidas, as reservas extrativistas; promover e incentivar o estudo e o desenvolvimento de tecnologias para as reservas; promover, sob todas as formas, a comercialização e industrialização de produtos gerados pelas populações tradicionais.

Em que pese ser louvável e mesmo imprescindível a criação de um espaço governamental — voltado para a centralização, articulação das decisões públicas e execução das ações governamentais que envolvem o funcionamento das reservas extrativistas —, ainda não se perfectibilizou um quadro geral de competência que compatibilize as atribuições legalmente cometidas ao Conselho Nacional do Meio Ambiente — CONAMA e do Conselho de Defesa Nacional.

A respeito, estabelece o inciso VII, do art. 8.º, da Lei n.º 6.938/81 que ao CONAMA compete:

“Art. 8.º —

17 O IEA sistematizou o processo de consolidação das reservas extrativistas em três conceitos básicos: a) criação: inicia-se com o movimento de reivindicação pelas populações extrativistas e termina com a assinatura do decreto de criação pelo Presidente da República; b) implantação: inaugura-se com a publicação do referido decreto, passa pela regularização fundiária da área, pela concessão de uso às associações e termina com a outorga de títulos de autorização de uso aos habitantes residentes na área da reserva; c) desenvolvimento: concentra o conjunto de medidas que deverão ser tomadas, sobretudo pelo Poder Público, para garantir à população destinária a melhoria da sua qualidade de vida (saúde, educação, infra-estrutura de comercialização, etc.) e ao meio ambiente efetiva e duradoura proteção. (Cfme., *Reserva Extrativista: Como Criar uma Associação*. Curitiba, Instituto de Estudos Amazônicos e Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, s/editora e data, p. 3).

18 Definidas pelo IBAMA como “aquelas comunidades que tradicionalmente e culturalmente têm sua subsistência baseada no extrativismo de bens naturais” (IBAMA/92).

VII — Estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e a manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.”

Por sua vez, a Lei n.º 8.183/91, que regula o funcionamento e organização do Conselho de Defesa Nacional, seguindo na íntegra o Texto Constitucional¹⁹, estabeleceu na alínea c, parágrafo único, do art. 1.º, entre outras, a seguinte competência:

“c) propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;”.

Como se depreende, não há conflito de competência entre estes órgãos governamentais, entretanto, como algumas reservas ocupam faixa de fronteira, é indicável o estabelecimento de mecanismos de articulação conjunta a fim de evitar eventuais contrariedades, posto que não há na composição do Conselho de Defesa Nacional a participação de representantes dos órgãos governamentais que tratam do meio ambiente.

7. *Considerações finais*

Como mencionado no início, teve-se como objetivo central abordar os diferentes diplomas legais que demarcam o dever tutelar do Estado sobre o extrativismo sustentado no Brasil, consubstanciado em torno do instituto das reservas extrativistas.

No contexto deste amplo objetivo optou-se, dentro do possível, pelo critério cronológico da produção normativa, tendo em vista reduzir ao máximo os riscos de inteligibilidade do processo pelo qual, hoje, configura-se o instituto no ordenamento brasileiro.

Deste modo, abordou-se, pela ordem, a Portaria n.º 627/INCRA, a Lei n.º 7.804/89, que modifica a Lei n.º 6.938/81, o Decreto n.º 98.897/90, os decretos de criação das reservas extrativistas existentes, editados em 1990 e em 1992 e, por fim, as Portarias n.ºs 22-N/92 e 22-A/92, baixadas pelo IBAMA.

Como se pode notar, trata-se de um contexto normativo novo e, como tal, sujeito a profundas modificações no curso de seu desenvolvimento já que, até o presente momento, não há experiência de consolidação

¹⁹ Art. 91, § 1º, inciso III.

de qualquer reserva extrativista a indicar um paradigma normativo que possibilite eficientemente a manutenção destas unidades de conservação.

A própria revisão constitucional, prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para o ano de 1993, poderá ensejar reflexos de grande monta no plano infraconstitucional, no qual se situam os principais documentos normativos que regulam a matéria como os decretos de criação e o Decreto n.º 98.897/90.

Neste sentido, e à guisa de exemplo, a simples supressão do inciso III, do § 1.º, do art. 225, a um só tempo, subtrairia a constitucionalidade do Decreto n.º 98.897/90 e retiraria a estabilidade de todos os decretos de criação possibilitando, com isso, a extinção ou modificação dessas unidades de conservação pelo próprio Poder Executivo, bem como o estabelecimento de outros regimes ou modelos para as reservas extrativistas.

Com esta advertência não se quer preconizar a cristalização destas unidades em torno de um modelo jurídico que, como se sabe, foi concebido no plano teórico, subsumível a qualquer paradigma empírico capaz de lhe informar os efeitos de incidência.

Por certo, o período de vigência do Decreto n.º 98.897/90, de sua edição ao momento presente, constitui-se em valioso instrumental de análise da precisão, oportunidade e conveniência de seus termos. Cabe, aos técnicos do setor público e privado, dialogicamente, com a população extrativista, o estabelecimento, se for o caso, de novas diretrizes normativas que venham dilatar a eficácia social das disposições legais que regulam a matéria.

Após o amadurecimento desta avaliação crítica — afeta mais aos técnicos e à população destinatária da área do que aos advogados voltados à política jurídica —, seria aconselhável a transformação do Decreto n.º 98.897/90 em lei, vez que este não possui o atributo de estabilidade conferido aos decretos que criaram as reservas extrativistas.

Além da maior eficácia decorrente desta avaliação, com a edição de lei ordinária regulando a matéria, evitar-se-ia o risco sempre presente da multiplicação difusa dos centros de produção normativa sobre unidades destinadas ao extrativismo sustentado no Brasil a partir de outras unidades da federação.

Outro expediente hábil a evitar disformidades entre as diversas unidades destinadas ao extrativismo, seria a produção de uma lei integrativa do § 4.º do art. 225 da Constituição Federal, através da qual garantir-se-ia a homogeneização da atividade extrativista, ao menos, na Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e Zona Costeira, regiões elevadas pelo legislador constituinte à condição de Patrimônio Nacional.

Legislação Ambiental Brasileira: Evolução Histórica do Direito Ambiental*

ANN HELEN WAINER

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Legislação portuguesa vigente à época do descobrimento do Brasil: As Ordenações Afonsinas (4 e 5).* 3. *Brasil-Colônia.* 4. *As Ordenações Manuêlinas.* 5. *As Ordenações Filipinas.* 6. *Legislação abundante e ineficaz.* 7. *Regimento sobre o pau-brasil e a legislação complementar.* 8. *Domínio holandês no Nordeste brasileiro e a legislação ambiental.* 9. *Medidas contra a monocultura: a questão da fome no Brasil-Colônia.* 10. *Legislação madeireira: causas da ineficácia de sua aplicação.* 11. *Legislação ambiental após a independência do Brasil.* 12. *Conclusão.*

1. *Introdução*

As discussões de temas como a escassez de recursos naturais, a poluição das águas, o dano ambiental, a exploração e o povoamento do solo se intensificaram a passos largos às vésperas da Rio-92.

Contudo, esses assuntos não são inéditos. Basta estudar com mais acuidade a partir, inclusive, da Bíblia, para verificarmos a atualidade do trato dado, no passado, às questões ambientais. Na verdade, novo é o tratamento global com que essas matérias passam a ser discutidas.

Em outubro de 1991, foi realizada a *Conferência Internacional de Direito Ambiental*¹, sob a organização do Superintendente do Meio Ambiente do Município do Rio de Janeiro, Fernando Walcacer. De notar-se,

* Este texto é um resumo do livro "Legislação Ambiental Brasileira: Subsídios para a História do Direito Ambiental", publicado pela Editora Forense.

A continuidade dos estudos sobre a origem das normas ambientais, pela autora, só foi possível graças às pesquisas realizadas nas bibliotecas do Environmental Law Institute e da Loyola Law School.

1 O Professor Alexandre Kiss, Presidente do Conselho Europeu de Direito Ambiental, defende em seu trabalho sobre a "Proteção internacional da camada de ozônio" apresentado na referida Conferência que:

"a etapa mais recente no desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente é a globalização dos problemas".

entre tantos outros aspectos, a necessidade constatada de um tratamento que extrapole até limites continentais, de forma a alcançar dimensões mundiais.

Nesse sentido, o cientista Jacques Cousteau² recentemente rogou a todos os povos que assinem uma petição apoiando a emenda à Carta das Nações Unidas, a fim de introduzir uma Lei de Direitos Ambientais: "proteger o meio ambiente é um problema mundial que tem de ser enfrentado não pelas 166 nações, mas por um conjunto de leis".

Sem dúvida, o Direito Ambiental é um novo ramo da Ciência do Direito³. Entretanto, a proteção da natureza através das leis ambientais já existe há vários séculos, testemunhando a História que o maior número de leis era produzido nos períodos em que ocorriam ameaças ao abastecimento de gêneros alimentícios.

Podemos afirmar que a evolução das leis ambientais no Brasil começa em Portugal e em sua rica legislação, já que fomos colônia até o início do século XIX.

Portanto, em primeiro lugar, objetiva este estudo um exame simultâneo da história e das normas jurídicas portuguesas, de modo a produzir um concreto entendimento da legislação ambiental que aqui vigorou a partir do período colonial. Essas normas visavam a proteger as riquezas brasileiras que supriam a metrópole, sobretudo em madeiras empregadas para impulsionar a marinha mercante.

2. *Legislação portuguesa vigente à época do descobrimento do Brasil: as Ordenações Afonsinas* (4 e 5)

Ao tempo em que o Brasil foi descoberto, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, primeiro Código legal europeu, cujo trabalho de compilação foi concluído no ano de 1446.

2 *Jornal do Brasil*, de 19 de novembro de 1991.

3 O Professor Michel Prieur, em seu livro *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1984, páginas 14 a 18, justifica a autonomia do Direito Ambiental por ser um ramo que trata de questões próprias tal como o estudo de impacto ambiental.

4 Ordenações Afonsinas, edição Calouste Gulbenkian, pp. 224, 229 e 231. Esta edição, de 1972, é uma reprodução *fac-simile* da realizada pela Real Imprensa da Universidade de Coimbra.

5 Recomendamos o livro *Ensaio sobre a História do Governo e da legislação de Portugal para servir de Introdução ao Estudo do Direito Pátrio*, de Manuel Antonio Coelho da Rocha, 3ª edição, Coimbra, 1851, que realizou uma pesquisa profunda sobre as Ordenações Afonsinas, bem como sobre as Ordenações Manóelinas.

Para a confecção dessas Ordenações, cujo nome homenageia o rei que ocupava o trono, D. Afonso V, seus compiladores tiveram como fonte básica o Direito Romano e o Canônico.

A legislação ambiental portuguesa, naquela época, era muito evoluída. A preocupação com a falta de alimentos, principalmente de cereais, data de 13 de julho de 1311, quando D. Afonso III determinava que o pão e a farinha não poderiam ser transportados para fora do reino. Para o caso de descumprimento da norma jurídica, a pena era “dos corpos e dos averes”⁶.

Em relação aos animais, a preocupação com as aves originou uma previsão instituída pelo rei D. Diniz, em 9 de novembro de 1326⁷, que equiparava o furto das aves, para efeitos criminais, a qualquer outra espécie de furto. Registre-se também o pioneirismo desta norma legal, que previa o pagamento de uma quantia pelo infrator, a fim de reparar materialmente o proprietário pela perda de seu animal. Ainda nela se estimava, de modo explícito, valores distintos para as aves, tais como: o gavião e o falcão.

Diante da escassez de gêneros alimentícios em Portugal^{8 e 9}, foram criadas as sesmarias, através da lei de 26 de junho de 1375, no reinado de D. Fernando I, visando com esta medida a incrementar o cultivo do maior número de terras.

O texto inicial do ordenamento se assemelha a uma exposição de motivos de uma lei atual. Sua redação começa por relatar a falta de mantimentos oriundos do trigo e da cevada, para determinar a todos os que tenham terra que as lavrem e semeem, sob pena de perder a dita terra.

Caso o proprietário da terra “por alguma lidima razom” não pudesse lavrá-la, a lei ordenava que fosse dada ou aforada a pessoa “certa”, de modo a possibilitar o cultivo de toda sua extensão.

6 A norma “que non levem pam, nem farinha pera fora do regno, per mar nem per terra”, foi codificada no Livro V, sob o Título XLVIII, das Ordenações Afonsinas.

7 A lei que tipificou o furto de aves como crime foi compilada no Livro V, sob o Título LIV, das Ordenações Afonsinas.

8 Para o estudo das sesmarias, recomendamos o livro *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, de J. Gomes Bezerra Câmara, volume 2, Livraria Brasileira, Rio de Janeiro, 1973, p. 66.

9 Veja-se também os *Donos do Poder*, de Raymundo Faoro, 3ª edição, Editora Globo, Porto Alegre, 1976, pp. 123 a 125.

De outra parte, as sesmarias estão codificadas nas Ordenações Afonsinas, *Manuelinas e Filipinas*, respectivamente, da seguinte forma:

- Livro IV, título LXXXI;
- Livro IV, título LXVII e,
- Livro IV, título XLIII.

Posteriormente, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, as sesmarias ganham um sentido de povoamento, dada a necessidade de manter a unidade e defesa do território contra os ataques estrangeiros.

Apenas para fazer um paralelo, hoje, a Lei n.º 4.504, de 1964, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, traz em seu texto o sentido da função social da terra (princípio consagrado no artigo 186 da Constituição Federal). A propriedade rural fica vinculada à sua função social. O Poder Público pode desapropriar a terra, quando seus proprietários não ponham em prática normas de conservação de recursos naturais. Já em relação à propriedade urbana, o artigo 44 da Lei n.º 6.766, de 1979, faculta ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana, para loteamento, demolição e incorporação.

Ainda, um dispositivo ambiental bastante evoluído, até mesmo nos dias atuais, era a proibição do corte deliberado de árvores frutíferas¹⁰. Interessante notar que a lei ordenada por D. Afonso V tipifica o corte de árvores de fruto como crime de injúria ao rei, tamanha a preocupação com as madeiras. Aliás, tal crime era previsto na Bíblia, Deuteronômio 20:19, que proibia o corte de árvores frutíferas durante um assédio, punindo os infratores com pena de açoite.

É sob a ótica desse quadro legislativo que reflete, de forma nítida, o *déficit* alimentício de Portugal e sua política expansionista ultramarina que a terra do Brasil é descoberta.

3. *Brasil-Colônia*

O nome de nossa Pátria é, em si, ecológico.

Foi o pau-brasil a primeira riqueza permutável, geradora do primeiro contrato de arrendamento entre a Coroa Portuguesa e um consórcio de cristãos-novos.

No entanto, a margem do lucro decorrente da extração dessa madeira ficava bastante aquém do que a Metrópole auferia com a exploração e o comércio de produtos advindos do litoral africano e das Índias. Assim apenas esse atrativo não foi suficiente para motivar o Rei Dom Manuel a determinar o povoamento regular da nova terra descoberta, habitada até então exclusivamente por grupos tribais.

4. *As Ordenações Manuelinas*

Aliás, estava o Rei preocupado, entre outras coisas, em perpetuar seu nome numa compilação. Por essa razão, ordenou fosse realizada tal em-

¹⁰ O corte deliberado de árvores frutíferas foi proibido através de lei editada aos 12 de março de 1393, tendo sido posteriormente compilada no Livro V, Título LIX das Ordenações Afonsinas.

preitada, cujo término oficial ocorreu em 11 de março de 1521, sob a denominação de Ordenações do Senhor Rey Dom Manoel. As leis extravagantes decretadas, no período entre 1446 (término da compilação das Ordenações Afonsinas) e 1521, foram em grande maioria incorporadas às novas Ordenações.

A estrutura — permanece a compilação em cinco livros — e a ordem na sistemática adotadas no novo Código em quase nada diferem das Ordenações Afonsinas. Mas no tocante à legislação ambiental, houve uma proteção mais detalhada e moderna. A tal ponto que foi proibida a caça de determinados animais¹¹ com instrumentos capazes de causar-lhes a morte com dor e sofrimento.

De notar, abrindo parênteses, nesse mesmo ordenamento, uma introdução do conceito de zoneamento ambiental. A caça era liberada em determinados locais e vedada em outros, tal qual disposto na Lei n.º 6.938 de 1981 (art. 9.º, incisos II e VI), que define a Política Nacional do Meio Ambiente, e na Lei n.º 6.902, de 1981, que regula a criação de áreas de proteção ambiental, alteradas pela Lei n.º 7.804, de 1989. Ressalte-se o caráter inovador da referida Lei n.º 6.902, de 1981, que permite ao Poder Público criar áreas especialmente protegidas, sem retirá-las da propriedade do particular.

Além disso, outro ordenamento protege a vida de certos animais¹² punindo com severidade o infrator da norma. Entretanto, ao lado deste avanço normativo, encontramos uma Justiça classista, a ponto de prever distintas penalidades físicas a serem aplicadas conforme a posição social do infrator; se fosse peão, era açoitado, e se fosse pessoa a quem não cabia açoites, era degradado pelo período de dois anos.

Hoje em dia, apesar de termos a Lei n.º 7.653, de 1988, que dispõe serem os crimes cometidos contra a fauna inafiançáveis, e a Lei n.º 7.804, de 1989, que pune com reclusão o poluidor que cause dano irreversível à fauna, não temos notícia da aplicação irrestrita destas normas a qualquer cidadão, e sim tão-somente contra uns poucos miseráveis caçadores . . .

Ainda nas Ordenações Manoelinas, em relação ao corte de árvores frutíferas, a teoria da reparação do dano apresenta nova evolução. São atribuídas severas penalidades e pagamento de distintas multas, de acordo com o valor das árvores abatidas¹³.

11 A caça de perdizes, lebres e coelhos era proibida no Livro V, Título LXXXIV, das Ordenações Manoelinas.

12 A proteção das abelhas, coibindo a comercialização de suas colméias pelos vendedores que não houvessem preservado a vida destes insetos, está prevista no Título XCVII, do Livro V, das Ordenações Manoelinas.

13 A lei que proíbe o corte de árvores frutíferas foi compilada no Livro V, Título C, das Ordenações Manoelinas.

Essas normas concernentes à questão do meio ambiente, extraídas das referidas Ordenações, vão vigorar em Portugal e no Brasil-Colônia apenas até o início do século XVII. A partir de 1580, o Brasil passa para o domínio espanhol sob Filipe II, que começou a reinar em Portugal sob o nome de Filipe I.

5. *As Ordenações Filipinas*

Em junho de 1595, o monarca espanhol expede um alvará mandando compilar todas as leis de Portugal. Pouco antes do término das novas Ordenações, falece o rei, tendo sido seu sucessor o seu filho de igual nome que, em janeiro de 1603, expedia a lei pela qual ficavam aprovadas as Ordenações Filipinas. Esta codificação tornou-se obrigatória no Reino e nas colônias portuguesas, tendo vigorado em parte no Brasil, até o advento do Código Civil.

Dos dispositivos relativos à matéria ambiental, inclusive quanto a questões urbanísticas, destacamos os seguintes:

— determinação de programas de obras públicas para construção de calçadas, pontes, chafarizes, poços, bem como o incentivo do plantio de árvores em terrenos baldios¹⁴. Da mesma forma, nos dias atuais, a exemplo do passado, em nível federal, dispomos do Programa Nacional de Arborização Urbana, instituído pela Lei n.º 7.563, de 1986, e, no nível municipal, temos o plano diretor;

— a tipificação do corte de árvores de fruto, como crime, é mantida, prevendo a lei para o infrator o cumprimento de pena de degredo definitivo para o Brasil¹⁵;

— proteção a determinados animais¹⁶, cuja morte “por malícia” também acarretava ao infrator cumprimento de uma pena de degredo para sempre no Brasil. . . ;

— proteção aos olivais e pomares do dano causado pelo pasto de animais de vizinhos, estabelecendo multas e penas que variavam desde o açoite (para os indivíduos escravos a lei era ainda mais dura, sendo a pena de “dez açoites ao pé do Pelourinho”) ao pagamento de multas e perda dos animais.

14 A determinação para construção de pontes, calçadas, fontes, está regulada no Livro I, Título LVIII (parágrafos 42, 43 e 46) combinado com o Título LXVI (parágrafos 24, 25 e 26) das Ordenações Filipinas.

15 A tipificação do corte de árvores de fruto como crime, nas Ordenações Filipinas, está contida no Livro V, Título LXXV.

16 A proteção da vida de certos animais foi compilada nas Ordenações Filipinas, no Livro V, Título LXXVIII.

Durante o período colonial, já se aplicava a teoria da responsabilidade subjetiva pelo dano causado "com malícia" por animais a pomares vizinhos, expressa no alvará de 2 de outubro de 1607, reiterado pela lei de 12 de setembro de 1750, sobre o mesmo objeto. *A contrario sensu*, a lei de 24 de maio de 1608 expressa a teoria da responsabilidade objetiva para os danos causados pelo gado nos olivais vizinhos, sem culpa do dono ou de seu empregado¹⁷.

Da mesma maneira, tais noções eram conhecidas e postas em prática pela Bíblia, no Livro Êxodo 22:4, que regulava os prejuízos causados por um animal durante as colheitas.

O conceito de poluição também estava de forma precursora previsto nessas Ordenações¹⁸. A determinação era de proibir a qualquer pessoa que jogasse material que pudesse matar os peixes e sua criação ou sujasse as águas dos rios e das lagoas.

No presente, algumas leis tratam da poluição de um modo geral, e, especificamente, da poluição das águas. São elas:

— Decreto n.º 50.877, de 1961 — dispõe sobre o lançamento de resíduos tóxicos ou oleosos nas águas interiores ou litorâneas do País;

— Decreto-Lei n.º 221, de 1967 — dispõe sobre a proteção de estímulo à pesca;

— Decreto-Lei n.º 1.413, de 1975 — dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais;

— Decreto n.º 79.437, de 1977 — promulga a Convenção Internacional sobre a responsabilidade civil em danos causados por poluição por óleo;

— Lei n.º 6.938, de 1981 — institui a Política Nacional do Meio Ambiente, acrescentando ao conceito de poluição as degradações da qualidade ambiental resultantes de atividades que, direta ou indiretamente, afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente (esta Lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 99.274, de 1990).

Ademais, as Ordenações Filipinas proibiam a pesca com determinados instrumentos e em certos locais estipulados, de modo semelhante à proibição da pesca em espécie, contida na Lei n.º 7.679, de 1988¹⁹.

17 As leis citadas podem ser estudadas no Índice Civil, Criminal, das leis, alvarás, decretos, cartas-régias, compilado por Domingos Alves Barreto, em 1º de agosto de 1814.

18 O conceito de poluição está inserido no Livro V, Título LXXXVIII, parágrafo sétimo, das Ordenações Filipinas.

19 A proibição da pesca em determinadas épocas e com certos instrumentos foi proibida na lei compilada nas Ordenações Filipinas, no Livro V, Título LXXXVIII, parágrafo sexto.

Vale registrar que inúmeras normas previam uma recompensa para quem delatasse seu infrator, de modo a estimular o povo a cuidar do patrimônio público português. Da mesma forma, infelizmente, não estavam enraizados o conceito e o valor de bem público no espírito e na vida prática do homem que nas terras brasileiras se estabelecia.

O Padre Antônio Vieira, em seu *Sermões*, apresentava essa denúncia, quando avisava ao rei que seus próprios ministros não vinham para as terras brasileiras buscar o bem, e sim, os bens. Anteriormente, da mesma forma, Duarte Coelho, a quem coube a Capitania de Pernambuco, em carta datada de dezembro de 1546, rogava ao rei que o livrasse dos degredados, que “nenhum fruto nem bem fazem na terra...”. O Capitão não teve seu pedido atendido e os degredados não foram daqui afastados. Em consequência, chegaram, em nossas terras, grandes contingentes humanos de baixa qualidade intelectual e moral que se aventuravam a vir para cá trabalhar e se estabelecer.

6. *Legislação abundante e ineficaz*

Apesar do grande número de normas jurídicas ambientais, não se tem evidência de sua aplicação. Um dos motivos pode ser a centralização dos documentos pela Metrópole lusa, muitos dos quais foram destruídos no incêndio de 1.º de novembro de 1755.

Na Espanha, encontra-se a maioria dos documentos pertinentes ao período de dominação espanhola, chamado de União Peninsular.

Em poder dos holandeses está toda a documentação legal e administrativa vigente durante o período de “conquista” do Nordeste brasileiro.

7. *Regimento sobre o pau-brasil e a legislação complementar*

Em 12 de dezembro de 1605, foi editada a primeira lei protecionista florestal brasileira, o “Regimento sobre o pau-brasil”²⁰, que continha penas severíssimas para aqueles que cortassem a madeira sem expressa licença real.

A partir daí, a preocupação com o desmatamento é uma constante e foi inserida no Regimento da Relação e Casa do Brasil, de março de 1609²¹, sendo esse o primeiro Tribunal instalado na cidade de Salvador, com jurisdição em toda a Colônia.

De notar que os legisladores portugueses sempre lançaram mão de regimentos para proteger as madeiras, como fizeram com o “Regimento

20 O original do “Regimento sobre o pau-brasil” pode ser encontrado no livro de Registro de Regimentos e Alvarás nº 541, volume primeiro, do Arquivo Nacional.

21 In *Boletim do Conselho Ultramarino*, volume I, Lisboa, Imprensa Nacional, pp. 192 a 203.

novo das madeiras para a Ilha da Madeira", de agosto de 1562²². Observe-se o caráter precursor dessa legislação, ao justificar, no início do texto, a necessidade de sua publicação, alegando serem as madeiras "be commu" dos moradores da ilha, tal qual exposto no artigo 225 da Constituição Federal brasileira. Nesse, o meio ambiente é considerado "bem de uso comum do povo" e essencial à sadia qualidade de vida.

Por outro lado, para proteger a exploração e regulamentar o comércio das riquezas naturais e o trabalho da mão-de-obra escrava de índios e negros no Brasil-Colônia, foram sendo editadas leis suplementares, conhecidas por legislação extravagante, às Ordenações Filipinas e aos forais. Nela destacavam-se, além dos regimentos, as cartas de leis, alvarás, cargas régias, provisões e avisos reais.

As cartas de leis, ou simplesmente leis, eram de caráter geral, por tempo indeterminado, muitas vezes confundidas com os alvarás, que deveriam ter eficácia por um ano. Entretanto, tal regra legislativa nem sempre era observada e um alvará muitas vezes tinha o mesmo valor de uma carta de lei. Nesse sentido, localizamos o de 2 de outubro de 1607, atribuindo a responsabilidade ao dono do animal que causasse dano ao pasto de propriedade vizinha, reiterado por uma lei de 12 de setembro de 1780.

De outra forma, é interessante frisar a estreita complementação de uma norma contida em uma carta de lei e em um alvará. A lei de 6 de junho de 1755, que restituiu aos índios do Grão-Pará e Maranhão a liberdade das suas pessoas, bens e comércio, foi estendida, através de alvará de 28 de maio de 1758, a todos os índios que habitavam o continente do Brasil.

Em relação à legislação florestal, em maio de 1773, é, através de uma carta-régia, que D. Maria I ordena ao Vice-Rei do Brasil proteção para as madeiras nas matas. Esse ordenamento é reiterado de forma ampla, em março de 1797, quando expediu ao Capitão do Rio Grande de São Pedro outra preciosa carta, para que se redobrasse o cuidado na conservação das matas e arvoredos, especialmente naquelas que tivessem árvores de pau-brasil²³.

Assinale-se que atualmente no Brasil, a Lei n.º 4.771, conhecida como o Código Florestal, através de seu art. 2.º, letra c, protege as florestas e as demais formas de vegetação situadas nas nascentes, ainda que intermitentes, e a Lei n.º 7.754, de 1989, estabelece medidas para proteção das florestas existentes nas nascentes dos rios.

22 *História das Ilhas do Porto-Sancto, Madeiras, Desertas e Selvagens*, anotada por Álvaro Rodrigues de Azevedo, Typ. Funchalense, 1873, p. 464.

23 *Suplemento à Coleção da Legislação Portuguesa*, pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva, Typografia de Luiz Correia da Cunha, Lisboa, 1847, pp. 127-128.

8. *Domínio holandês no Nordeste brasileiro e a legislação ambiental*

Não foram apenas os nossos colonizadores que produziram uma legislação dessa natureza bastante avançada, mesmo que com o objetivo de proteger a sua fonte de gêneros tropicais de grande valor econômico.

Também os holandeses, no curto período de conquista²⁴ das terras brasileiras, editaram uma das legislações mais ricas daquela época.

Proibiram o abate do cajueiro, determinaram o cuidado com a poluição das águas e obrigaram os senhores de terras e lavradores de canaviais a plantarem roças de mandioca proporcionalmente ao número de seus escravos.

Atesta Eérgio Buarque de Holanda²⁵ que, em 5 de março de 1642, os holandeses não permitiam o lançamento do bagaço de cana nos rios e açudes, a fim de proteger as populações pobres que se alimentavam dos peixes de água doce. Aliás, esta norma é semelhante à precursora proteção portuguesa, constante do parágrafo sétimo do Título LXXXVIII do Livro V das Ordenações Filipinas, que assim rezava: "pessoa alguma não lance nos rios e lagoas, em qualquer tempo do anno... cocca, cal, nem outro algum material, com que fe o peixe mata".

Na atualidade, o Decreto-Lei n.º 221, de 1967, através do art. 35, proíbe a pesca com o emprego de explosivos e de substâncias tóxicas, estabelecendo a Lei n.º 7.679, de 1988, a punição para os infratores.

No tocante às terras²⁶, o Governo holandês deliberou que aquelas sem proprietário, ou que estivessem desertas e incultas, seriam dadas a colonos que as cultivariam e ficariam com seus frutos.

Essa deliberação é bastante parecida com a contida no parágrafo terceiro, Título XLIII, das Ordenações Filipinas, que regulamenta as sesmarias, instituídas no território brasileiro, com grandes adaptações de seu texto original. Como estudamos, o objetivo precípua das sesmarias em Portugal era o cultivo da terra, ao passo que no Brasil visava-se, essencialmente, à povoação das grandes extensões territoriais.

Também a caça ganhou especial cuidado das autoridades holandesas, que a permitiam, desde que as espécies não fossem "exterminadas" por uma perseguição excessiva²⁷; e mais: apoiaram a conservação das espécies

24 Sobre esse período, veja-se o livro *Fontes para a História do Brasil Holandês*, José Antonio Gonçalves de Mello, Fundação Nacional Pró-Memória, Recife, 1985.

25 *A Época Colonial*, tomo I, 1º volume, 5ª edição, Difel, São Paulo, 1978.

26 *Revista do Instituto Archeológico, Histórico e Geográfico*, volume 5, 1886, nºs 30-31.

27 *Revista do Instituto Archeológico, Histórico e Geográfico*, volume 5, nºs 30-31.

existentes, introduzindo outras que ainda não haviam na região e que nela podiam ser aclimatadas.

A exemplo do passado, em nossa época, o sentido da diversidade biológica assume uma dimensão necessariamente mundial. Na referida Conferência Internacional de Direito Ambiental, em que se reuniram seiscenas pessoas oriundas de 31 países, em torno deste assunto, concluiu-se que:

a) é necessária uma relação de reciprocidade entre os Estados utilizadores e os Estados onde se encontram recursos biológicos. Neste sentido, respeitando a soberania dos Estados, deve-se desenvolver uma cooperação mundial, de modo a estabelecer responsabilidades na conservação da diversidade biológica;

b) deve-se promover o reconhecimento de zonas de maior importância para o patrimônio biológico mundial;

c) é preciso criar um Fundo Internacional de Conservação da Diversidade Biológica.

Assim sendo, com o simples cotejo entre as disposições governamentais holandesas daquela época e as normas jurídicas de hoje, através do estudo e do confronto de nossa História, é que devemos refletir sobre a riqueza de lições que podemos extrair do passado para instruir as posturas das gerações presentes e futuras.

9. *Medidas contra a monocultura: a questão da fome no Brasil-Colônia*

A falta de víveres era um dos problemas enfrentados pelos holandeses, que tanto combateram a monocultura no Nordeste brasileiro.

Em “atenção ao bem público”, várias normas impunham o plantio de mandioca. Diante de uma situação de “calamidade pública” ocasionada pela fome, especialmente dos negros escravos da lavoura canavieira, ordenava-se aos donos dos engenhos que tomassem uma atitude para a solução desse problema.

Após a expulsão dos holandeses, nossos colonizadores prosseguiram com o combate à fome e à monocultura. Os reis editavam normas obrigando à plantação de milho, feijão e mandioca. Entretanto, os senhores de engenho, à revelia do rei, continuaram destinando suas melhores terras para as rendosas plantações de cana-de-açúcar.

No presente, preocupados com a questão da falta de alimentos das classes menos favorecidas, no Município do Rio de Janeiro existem projetos de plantação de horas comunitárias na Zona Oeste da Cidade, de modo a tentar reverter o quadro de fome dessas camadas da população.

Ainda no período colonial, de modo a impedir o “damno ao bem público”, foi expressa uma determinação para que as terras novas, a maior parte

muito fértil, fossem tomadas dos proprietários que não as lavrassem²⁸. É interessante perceber que a expressão “utilizada” consta da doutrina e legislação brasileira, no § 1.º do art. 14 da Lei n.º 6.938, de 1981, e na Lei n.º 7.347, de 1985.

Com efeito, a Lei n.º 6.938, que regula a Política Nacional do Meio Ambiente, prevê a obrigatoriedade da reparação do *dano* causado ao meio ambiente pelo poluidor, sendo que a segunda lei citada disciplina a ação civil pública de responsabilidade por *danos* causados ao meio ambiente e a bens de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico (os grifos são nossos).

10. *Legislação madeireira: causas da ineficácia de sua aplicação*

Sempre houve uma preocupação com a escassez das madeiras, tanto na Metrópole lusa quanto no Brasil-Colônia. Especialmente para cumprimento em nosso País, as primeiras regulamentações estavam contidas nas cartas de doação e nos forais, ao tempo das Capitânias Hereditárias. Depois, no Regimento do Governador-Geral Thomé de Scuza, de 1548, para, em um documento único, ganhar a proteção no “Regimento sobre o pau-brasil”, datado de 1605, que foi a primeira lei brasileira exclusivamente florestal.

Devido à grande extensão das terras, difícil era a veiculação e eficácia do Regimento, até porque este protegia apenas a madeira do pau-brasil. Sendo assim, várias normas foram sendo editadas, esparsamente, ao longo do século XVIII, para proteger as outras espécies de madeira.

Através da provisão ao Governador do Rio de Janeiro, em 7 de agosto de 1738, não se podia exportar madeira tapinhoã para fora do porto da Capitania, à exceção apenas das fábricas de navios de guerra. O motivo desta expedição residia no grande consumo da madeira que “em poucos anos faltaria para nossa Armada”.

Nova provisão foi editada em maio de 1743, para a Capitania do Rio de Janeiro, quando proibiu-se o corte de manguê vermelho, que deveria ser utilizado somente nas construções de edifícios.

Em outubro de 1751, foi instituída a Relação do Rio de Janeiro²⁹, ampliando-se a jurisdição até então restrita à Bahia. O regimento deste Tribunal, cuja área de atuação compreendia desde a Capitania do Espírito Santo à de São Pedro do Rio Grande, continha precursora norma ambiental. Determinava ao Governador que tivesse especial cuidado com as queimadas das lenhas e com os cortes de madeiras.

²⁸ Exemplificando, a ordenação para cultivo da terra está contida no Regimento de Roque Barreto, transcrito na *Revista Trimestral de História e Geografia*, 2ª edição, tomo I, Typografia de João Ignacio da Silva, Rio de Janeiro, 1863, p. 323.

²⁹ Regimento para o Capitão-Geral dos estados do Brasil, compilado por Antonio Telles, de 1642 a 1753.

Tais ordenamentos foram sucedidos por incontáveis alvarás e provisões, que visavam a reerguer a Cidade de Lisboa, arruinada pelo terremoto de 1755³⁰.

Assim é que, no ano de 1756, de modo a revitalizar a cidade destruída, vários alvarás foram baixados, isentando de impostos os portugueses de Lisboa que importassem madeiras para utilização na construção de embarcações e casas.

A exposição de seus motivos possibilita o entendimento da crescente preocupação com as matas brasileiras, donde se extraíam as madeiras para abastecer o carente mercado português, depauperado pelo terremoto. E uma enxurrada de leis ineficazes foram editadas...

O alvará de outubro de 1795 proibiu as sesmarias nas terras litorâneas aos mares e rios, onde ainda havia madeiras de construção. A Coroa portuguesa caberiam as referidas terras que ainda não tivessem proprietários.

No ano de 1797, durante o reinado de D. Maria I (cognominada "a louca", no Brasil, embora em Portugal fosse conhecida como piedosa), várias cartas-régias foram expedidas aos Governadores das Capitanias. Todas ordenavam que se protegessem, por meio de severa fiscalização, as matas e os arvoredos localizados perto dos mares ou nas margens dos rios³¹.

Mesmo após a Independência do Brasil, as leis que visavam à conservação das florestas de nada valiam. Não existia uma conscientização coletiva, no sentido de respeitá-las, fazendo com que fossem cumpridas. O problema era bilateral, pois estava tanto na falta de civismo do corpo administrativo, quanto na falta de civilidade por parte da população.

11. *Legislação ambiental após a Independência do Brasil*

Em 25 de março de 1824, foi outorgada a Constituição Imperial do Brasil³². Por ela determina-se a elaboração de um Código Civil e Criminal (artigo XVIII), pois as Ordenações Filipinas continuavam a vigorar por falta de Códigos próprios.

Por esse motivo, em 1.º de janeiro de 1916, foi promulgado o Código Civil, tendo sido revogadas expressamente as Ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes concernentes às matérias de direito civil neles reguladas.

30 *Enciclopédia Mirador Internacional*, Cia. Melhoramentos de São Paulo, S. Paulo, 1976.

31 *As Cartas-Régias de D. Maria I* estão transcritas no Suplemento à Coleção da Legislação Portuguesa, do Des. Antonio Delgado da Cunha, 1847.

32 *Constituição do Brasil*, de Adriano Campanhole e Hilton Campanhole, 9ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1987.

O Código Civil, até pela data de sua edição, quando a expressão "ecologia" — criada por E. HAECKEL, em 1866 — tinha apenas algumas décadas, não trata de forma expressa as questões ambientais. Contudo, os arts. 554 e 555, na seção relativa aos Direitos de Vizinhança, reprimem o uso nocivo da propriedade. O proprietário ou inquilino de um prédio pode impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique a segurança, o sossego e a saúde. Também é assegurado ao proprietário, através do art. 555, o direito de exigir do dono do prédio vizinho a demolição ou reparação necessária, quando a construção estiver ameaçada de ruir.

Cumpre notar o entendimento de AGUIAR DIAS³³, que defende essa limitação posta pela lei na proximidade de prédios como de interesse social público, tendo em vista a harmonia das relações e interesses de proprietários vizinhos.

No tocante à proteção das águas, o Código Civil vai ser complementado pelo art. 109 do Código de Águas, de 1934, que classifica como ato ilícito a contaminação deliberada da água. Hoje, a Lei n.º 8.072, de 1990, avança ainda mais nessa proteção, prevendo duras penalidades para o crime de envenenamento de água potável.

Foi o Código Civil editado após a promulgação da primeira Constituição Republicana brasileira, no ano de 1891, que era omissa em relação à proteção dos bens públicos naturais, artificiais e culturais, posteriormente amparados pelo Decreto-Lei n.º 25, de 1937, e pela Constituição Federal de 1988.

Sendo a norma jurídica o reflexo das aspirações e dos ideais de uma sociedade, foi certamente com a Proclamação da República que, lentamente, o sentido de valorização do bem público se exacerbou. Quando repensamos um modelo econômico ligado a valores e propostas de preservação do meio ambiente nacional, estamos, com toda certeza, protegidos por uma das legislações mais avançadas do mundo.

Além da ação civil pública disciplinada pela Lei n.º 7.347, de 1985, o art. 5.º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, possibilita a qualquer cidadão propor em Juízo ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente. Essa última ação, que já havia sido regulamentada pela Lei n.º 4.717, de 1965, nas palavras de SEABRA FAGUNDES³⁴, permite que "qualquer cidadão possa ingressar na lide como litisconsorte ou assistente do autor. Com isto se objetiva facilitar a soma de esforços para a defesa da legalidade e moralidade dos atos relacionados com a adminis-

³³ José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 7ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 524.

³⁴ Miguel Seabra Fagundes, *O Controle da Administração pelo Poder Judiciário*, 6ª edição, Ed. Saraiva, RJ, 1984, p. 317.

tração e o patrimônio públicos, ou com atos de pessoas de direito privado equiparados, por motivos diversos, aos atos administrativos”.

Na Carta Magna o tema meio ambiente ganhou uma previsão ampla sob diversos modos. Destaco o seguintes aspectos³⁵:

Foi contemplado no Capítulo VI — Do Meio Ambiente —, do Título VIII — Da Ordem Social. O art. 225 assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o como bem essencial de vida, concedendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defesa e preservação para evitar a escassez dos recursos naturais.

Também estabelece no § 1.º, inciso 4.º, do referido artigo, o poder de polícia da União, Estados e Municípios no controle da produção, comércio e fiscalização de produtos agrotóxicos, posteriormente regulado pela Lei n.º 7.802, de 1989 (esta lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 98.816, de 1990).

O estudo de impacto ambiental determinado pela Lei n.º 6.803, de 1980, e regulamentado pela Resolução n.º 1, de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, encontra-se regido no § 1.º, inciso 4.º.

Ressalte-se o mérito da SOBRADIMA³⁶ que, através de seu sócio fundador, PAULO AFFONSO LEME MACHADO, em 1980, solicitou a Deputados Federais e Senadores que apresentassem emendas inserindo o estudo de impacto ambiental no projeto de lei que dispunha sobre o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição.

Por conseguinte, toda a obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente deve ser precedida de um estudo prévio de impacto ambiental³⁷.

Vale notar a importância atribuída à educação ambiental até então prevista na Lei n.º 6.938, de 1981, que recebe tratamento no inciso VI do dispositivo constitucional referido.

Finalmente, merece destaque a função institucional do Ministério Público, legitimado para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do meio ambiente (art. 129 da Constituição Federal

35 Para um detalhado estudo sobre os aspectos ambientais na Constituição Federal, veja-se o artigo nesta apostila de Francisco José Marques Sampaio.

V. também Luis Roberto Barroso, “A proteção do meio ambiente na Constituição Federal”, *Revista Forense* n.º 317, Ed. Forense, 1992.

36 A Sociedade Brasileira do Direito do Meio Ambiente é uma associação civil criada em Piracicaba, São Paulo.

37 Veja-se, sobre essa matéria, Antônio Herman V. Benjamin, “Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa”, *Revista Forense* n.º 317, Ed. Forense, 1992.

combinado com a Lei n.º 7.347, de 1985). De acordo com essa última norma jurídica, o juiz pode determinar, em mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, a cessação de atividade nociva ao meio ambiente.

Importante notar que, para a propositura da ação civil pública, não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.

12. Conclusão

Ao final deste estudo, apresentamos o levantamento da evolução das leis ambientais brasileiras. Com efeito, essas leis não consolidadas dificultam uma rápida aplicação e solução da lei, sobretudo na área penal. Entretanto, não acreditamos que a resposta para essas questões esteja apenas em um Código Nacional do Meio Ambiente.

Ao longo desta pesquisa, verificou-se que em determinadas épocas existiam dispositivos ambientais muito avançados. Contudo, esses ordenamentos eram ineficazes, pois a população não tinha um sentimento de amor e valorização da coisa pública nacional. A História nos mostra que há vários séculos já havia a noção do bem público de uso comum do povo. No entanto, o individualismo e a ganância de certos segmentos da sociedade se sobrepuseram ao interesse coletivo.

A vista disso, torna-se necessário promover a educação ambiental, não somente nas bases, mas também em nível de escolaridade obrigatória. Paralelamente, impõe-se uma maior veiculação nos instrumentos preventivos e repressivos existentes na legislação constitucional e ordinária em defesa do meio ambiente³⁸.

A Carta Magna especifica que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente. Para que cada vez mais possamos dar eficácia a esse mandamento legal, é básico o conhecimento da lei. Isso posto, fazendo uma analogia ao artigo do Desembargador MIRANDA ROSA, que tão bem se aplica ao estudo, transcrevo dele um pequeno trecho que se intitula "A lei, esse mistério"³⁹:

"O conhecimento básico da linguagem, da matemática e das normas sociais, das quais as jurídicas são o tipo mais exigente, é algo que se impõe. São urgentes uma reflexão a propósito e a tomada de medidas práticas com esse objetivo. A lei não deve continuar um mistério."

38 Na Conferência de Limoges, realizada em novembro de 1990, concluiu-se que o desconhecimento das regras já existentes em matéria de meio ambiente constitui uma das causas da falta de eficácia do Direito Ambiental.

39 Felipe Augusto de Miranda Rosa, in *Jornal do Brasil*, de 4 de janeiro de 1990.

Princípios Gerais de Direito Ambiental Internacional e a Política Ambiental Brasileira *

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

Advogado (OAB-SP) — Professor na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (IB — Rio Claro — SP — Brasil). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente. Prêmio de Direito Ambiental “Elizabeth Haub” (1985).

SUMÁRIO

1. Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal. 2. Princípio da prevenção e da precaução. 3. Princípio da informação e da notificação ambiental. 4. Princípio da educação ambiental. 5. Princípio da participação. 6. Princípio poluidor-pagador. 7. Princípio da responsabilidade da pessoa física e jurídica. 8. Princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento, com cooperação internacional. 9. Princípio da eliminação de modos de produção e consumo e de política demográfica adequada. 10. Princípio do desenvolvimento sustentado: direito intergerações.

Em junho de 1992, os países que integram a Organização das Nações Unidas assinaram a “Declaração do Rio de Janeiro”. Essa declaração tem, como uma de suas características principais, a unanimidade. Assinale-se

* Palestra pronunciada na XIV Conferência Nacional da OAB — Ordem dos Advogados do Brasil — Vitória — ES, setembro/1992.

que a anterior Declaração de Nova Iorque (1982) registrara abstenções, inclusive do Brasil, e o voto contrário dos Estados Unidos da América.

“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”, assinala o eminente internacionalista Prof. A. C. KISS¹.

“A Declaração do Rio de Janeiro/1992” tem sua origem inequivocamente na “Declaração de Estocolmo/1972”, que conseguiu incentivar e impregnar as legislações da maioria dos países, inclusive a do Brasil.

Os doutrinadores esperaram o desenvolvimento das legislações ambientais nacionais para poderem apontar os princípios desse novo direito.

Tomando por base a “Declaração do Rio de Janeiro/1992” e documentos internacionais anteriores, procurarei apontar alguns princípios e confrontá-los com a política ambiental brasileira — a explicitada na legislação e a efetivamente implementada.

1. *Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal*

“Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”. Trata-se do Princípio 17 da Declaração de Estocolmo. Este princípio foi amplamente seguido em todo o mundo. Assim, os países, independentemente dos sistemas econômicos adotados, não devem omitir-se na tarefa de vigiar e controlar a utilização dos recursos ambientais no interior dos Estados.

O Brasil, em seguida à Conferência de Estocolmo, criou a SEMA — Secretaria Especial do Meio Ambiente. Esse órgão federal começou de forma bastante reduzida do ponto de vista de recursos orçamentários, de instalações e de pessoal. Tinha como principal função a de sugerir normas contra a poluição. A conservação da natureza não era uma de suas principais metas. Entretanto, o pendor pessoal do Primeiro Secretário do Meio Ambiente levou o Governo a criar unidades de conservação denominadas “Estações Ecológicas”.

Em 1984, instalou-se o CONAMA — Conselho Nacional do Meio Ambiente como órgão deliberativo e consultivo da política ambiental, buscando-se uma integração entre o Governo Federal, os Estados e as Organizações Não-Governamentais.

¹ KISS, Alexandre-Charles. *Droit International de L'Environnement*. Paris. Editions A. Pedone, 1989, 349 p.

O controle da fauna silvestre e das florestas e a administração dos parques nacionais e reservas ficaram em mãos do Ministério da Agricultura — IBDF — Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — até 1989. Nesse ano, pela Lei n.º 7.735 criou-se o IBAMA — Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, que une o controle da conservação da natureza com o da poluição

Em 1990, com a reestruturação feita pelo novo Governo federal, com a Lei n.º 8.028, criou-se a SEMAM/PR — Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República. A prática administrativa está a mostrar choques entre a SEMAM/PR e o IBAMA, tanto que em dois anos de governo, já estamos no quinto Presidente do IBAMA, que, atualmente, é o próprio Secretário do Meio Ambiente. Resta lembrar que a obrigatoriedade da intervenção estatal no controle ambiental no Brasil não é uma posição política de conjuntura, mas resultou de um debate amplo que desembocou no consenso expresso na Constituição Federal — capítulo do Meio Ambiente —, notadamente no art. 225, § 1.º.

2. Princípio da prevenção e da precaução

O “Fórum de Siena sobre Direito Internacional do Meio Ambiente” afirmou em seu ponto n.º 4: “a abordagem “setor por setor” adotada pelas convenções, freqüentemente ditada pela necessidade de responder a acidentes específicos, comporta o risco de perder-se de vista a abordagem integrada à prevenção da poluição e à deterioração constante do ambiente. O modelo “reaja e corrija” deverá ser complementar de uma abordagem “preveja e previna”: isto reforçará a segurança nas questões globais do meio ambiente”².

O posicionamento preventivo tem por fundamento a responsabilidade no causar perigo ao meio ambiente. É um aspecto da responsabilidade negligenciado por aqueles que se acostumaram a somente visualizar a responsabilidade pelos danos causados. Da responsabilidade jurídica de prevenir decorrem obrigações de fazer e de não fazer.

Um dos grandes especialistas em direito ambiental alemão, Prof. REHBINDER, acentua que o princípio deve “inibir ou limitar mais adiante da margem do perigo, a criação possível de danos ambientais. Isto é, o risco residual para a população e para o ambiente deve limitar-se ao mínimo”³.

2 Fórum de Direito Ambiental Internacional promovido pelo Governo da Itália (Delegação do Brasil: Embaixador Saraiva Guerreiro, Embaixador Calleiro Rodrigues e Prof. Paulo Affonso Leme Machado), Siena, 1990.

3 REHBINDER, Eckard. “Los principios del derecho ambiental en la República Federal Alemana”. *Ambiente y Futuro*. Buenos Aires. Fundación Manliba, 1987, 157 p.

Divido 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 ar, quanto ao controle da poluição; segundo: identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; terceiro: planejamento ambiental e econômico integrados; quarto: ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão; e quinto: estudo de impacto ambiental.

A implementação da política de prevenção no Brasil, quanto aos itens primeiro e segundo, precisa ser melhor direcionada. Constitui-se o Fundo Nacional do Meio Ambiente que passou a financiar projetos científicos ao mesmo tempo que o CNPq e outros órgãos. Ainda que se respeite a liberdade de pesquisa, não se incentivou o levantamento de dados para a elaboração dos inventários e mapas preconizados. Se os mesmos existem, são de domínio de algumas instituições privilegiadas.

Quanto ao planejamento ambiental e econômico integrado, não tenho constatado sua prática, pois o mesmo deve anteceder à ação regional de localização de usinas hidrelétricas ou termoeletricas (exemplo — Candiota, no Rio Grande do Sul, com efeitos danosos ao meio ambiente gaúcho e além-fronteiras).

No ordenamento territorial ambiental, o Brasil fez uma profunda transformação jurídica através da Constituição Federal de 1988: a criação, localização e conseqüente instalação de usinas com reator nuclear passou a depender de lei federal (art. 225, § 6.º) e a alteração e supressão de espaços protegidos dependem de lei federal, estadual ou municipal (art. 225, § 1.º, inciso III). O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, suspendeu decreto do Governador do Estado de São Paulo, que possibilitava a modificação de parque estadual somente com estudo de impacto ambiental, sem submetê-la previamente à Assembléia Legislativa (*DJ* 15-9-89 — Relator Min. Moreira Alves). O controle prévio do Poder Legislativo não eliminará por si só os danos ambientais, mas inegavelmente amplia a possibilidade de participação popular na tramitação e votação dos projetos pertinentes às matérias acima mencionadas.

O ordenamento territorial ambiental brasileiro, contudo, caminha vagarosamente, principalmente em questões como a da proteção das cinco áreas apontadas como relevantes pela Constituição Federal: Amazônia, Pantanal, Serra do Mar, Mata Atlântica e região costeira.

O estudo de impacto ambiental — previsto no Princípio 17 da Declaração do Rio de Janeiro — só foi implementado no Brasil após a Resolução n.º 001/86 — CONAMA. Encontra-se, inclusive, inserido na Constituição Federal. Contudo, quanto aos critérios de apreciação do estudo

pela Administração Pública, necessitamos da aplicação do “princípio da precaução”, constante do n.º 15 da Declaração do Rio de Janeiro/92: “Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.” Não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível ou grave para que não se deixe para depois as medidas efetivas de proteção ao ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não a favor do lucro imediato — por mais atraente que seja para as gerações presentes.

No mesmo sentido afirma o já mencionado Prof. REHBINDER: “o princípio de prevenção exige que os fundamentos naturais da vida sejam conservados a longo prazo e explorados com precaução. O princípio de defesa somente contra os perigos certos como o conhecemos no direito do poder de polícia ou somente da restauração do meio ambiente é contrário ao princípio de prevenção”. Assinala que a situação de crise ecológica alemã expressa a deficiente prevenção ambiental no passado e na atualidade.

3. Princípio da informação e da notificação ambiental

Agrupamos neste princípio parte dos pontos n.ºs 10, 18 e 19 da Declaração do Rio de Janeiro abordando direito de acesso das pessoas às informações, dever dos Estados em repassar essas informações às pessoas, como, também, dever dos Estados em notificar outros Estados em matéria ambiental.

O direito à informação ambiental consta do artigo 6.º, § 3.º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e o dever do Poder Público de informar à sociedade civil constou do art. 10 da mesma lei. A implementação da obrigatoriedade de ser publicado o pedido de licenciamento e a decisão administrativa a respeito foi uma conquista demorada, pois passados dez anos da vigência, ainda há os que sabotam essa medida que visa possibilitar o acompanhamento do procedimento de tomada de decisão.

O Relatório da Qualidade do Meio Ambiente foi uma inovação legislativa feita em 1989 que, entretanto, por falta de cobrança da sociedade civil e seriedade da administração pública, não está sendo levada à prática.

A notificação a ser levada a efeito pelos Estados com relação a outros Estados poderá acontecer em duas oportunidades: uma após a

ocorrência de uma catástrofe ou situação de urgência e outra deverá ocorrer antes da constatação de efeitos transfronteiriços negativos para o ambiente. O ponto 19 da Declaração do Rio de Janeiro preconiza a realização de consultas a serem estabelecidas entre esses Estados de modo rápido e com boa-fé. Esse princípio poderá trazer maior entendimento entre os países vizinhos neste continente, evitando-se a situação de atritos existentes à época da construção da Itaipu Binacional.

4. *Princípio da educação ambiental*

A Declaração de Estocolmo previu no princípio 19 (primeira fase): "É essencial seja ministrada educação sobre questões ambientais às gerações jovens como aos adultos, levando-se em conta os menos favorecidos, com a finalidade de desenvolver as bases necessárias para esclarecer a opinião pública e dar aos indivíduos, empresas e coletividades o sentido de suas responsabilidades no que concerne à proteção e melhoria do meio ambiente em toda a sua dimensão humana."

A Constituição Federal de 1988 previu como dever do Poder Público "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino" (artigo 225, § 1.º, VI).

Especificamente têm os Congressos de Direito Ambiental insistido para a criação dessa disciplina nos cursos jurídicos brasileiros. Por ocasião da RIO/92, o Conselho Federal da OAB, com outras entidades, reiterou esse posicionamento⁴. Entretanto, até agora os novos Advogados, Juízes, Promotores e Delegados de Polícia ressentem-se de maior conhecimento dessa área jurídica interdisciplinar e com isso retardam uma mais vigorosa aplicação da legislação ambiental brasileira.

5. *Princípio da participação*

Consta do princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro/92: "Trata-se mais adequadamente das questões ambientais assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, em nível pertinente". Termina o princípio referido: "O acesso às ações judiciais e administrativas, afi compreendidas as ações que visem à imposição de sanções e à obtenção de reparações, deve ser assegurado."

Na legislação ambiental brasileira vemos, atualmente, pelo menos três vertentes da participação: primeira — participação das pessoas, através das ONGs, nos conselhos ambientais; segunda — participação das pes-

⁴ Encontro de Direito Ambiental Internacional patrocinado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e OAB-RJ, Centre International de Droit Comparé de L'Environnement e Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente. Fórum Global — Rio de Janeiro, junho/1992.

soas e entidades na fase de comentários e na fase da audiência pública no procedimento de estudo de impacto ambiental; e terceira — participação em ações judiciais.

A participação nos colegiados ambientais no Brasil revelou-se extremamente importante no sentido de contribuir para o aprimoramento das normas ambientais e na tarefa de fiscalizar os órgãos públicos ambientais. A Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente participou da estruturação do CONAMA e do Fundo Nacional do Meio Ambiente. A Ordem dos Advogados do Brasil, em muitos Estados, tem sido chamada a fazer parte dos conselhos estaduais. Não se pode, contudo, ocultar que muitas vezes só resta à sociedade civil apontar falhas ou abusos em procedimentos, pois os governos têm a maioria nos colegiados.

A participação pública no procedimento de estudo de impacto ambiental foi conquistada em duas fases: na Resolução 001/86 — CONAMA e na Resolução 009/87 — CONAMA, respectivamente com a fase de comentários e com fase de audiência pública. A legislação, contudo, necessita ainda de aperfeiçoamento para possibilitar uma maior participação dos interessados.

Recentemente, em Porto Alegre — RS, a pretexto do “adiantado da hora”, uma audiência pública que tratava do aumento da fábrica de papel Riocell foi interrompida, deixando o órgão público de proceder à continuação da audiência. O caso está *sub judice*. O local e o dia da semana escolhidos muitas vezes são fatores impeditivos de uma adequada participação na audiência pública. Precisamos de uma fase preliminar de divulgação intensa dos dados do EPIA/RIMA, como existe no Canadá.

A participação através das ações judiciais coloca o Brasil numa posição de vanguarda — pelo menos no Terceiro Mundo. Na ação civil pública o Ministério Público, os Procuradores da Administração Direta e Indireta e os Advogados das Associações Ambientais têm muito a fazer. Cumpre guardar a legalidade do inquérito civil, resguardando-se o acesso legal dos Advogados dos possíveis litisconsortes e das partes adversas. Uma margem apreciável de medidas liminares está a mostrar a sensibilidade cívica dos magistrados.

A ação popular — remédio processual direto do cidadão em busca do bem coletivo, existente desde o Império — merece ser alargada para que nela se possa pleitear o cumprimento da obrigação de fazer e de não fazer.

6. Princípio poluidor-pagador

O princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro afirma: “As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização

dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse do público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais.”

Esse princípio não está previsto pela legislação federal de meio ambiente de forma explícita no caso da utilização das águas e do ar, inobstante conste do artigo 4.º da Lei n.º 6.938/81, que a política nacional do meio ambiente visará impor ao usuário uma contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (inciso VII). Falta estabelecer o *quantum* a ser pago pelos usuários privados e públicos e o modo como essa receita será aplicada.

A aplicação do princípio poluidor-pagador pressupõe a conscientização do público que tem sido o grande prejudicado pela “internalização dos lucros e externalização dos custos”, pois, como acentua OLIVIER GODARD, as empresas são incentivadas pelo mecanismo da concorrência a escapar, tanto quanto possível, da assunção dos ônus associados às suas atividades, sendo esses ônus transferidos para outros agentes, para o Poder Público ou para o meio ambiente⁵.

Esse princípio afasta a hipocrisia de afirmar-se que, em se taxando o poluidor, ele estaria ganhando o direito de poluir. Tem-se ignorado que as normas de emissão fixadas pelo Poder Público na verdade são autorizações parciais de poluir. Ilegítimo esse uso gratuito dos bens ambientais — “bens de uso comum do povo” (art. 225, *caput* da Constituição Federal), gerando enriquecimento antiético dos poluidores. No Brasil quem polui faz todo o povo pagar pela poluição. Evidentemente, quem menos poluir menos pagará e a contribuição deve ser vinculada à despoluição e melhoria do ambiente.

Não se preconiza dessarte o abandono da regulamentação direta, através dos padrões de qualidade e normas de emissão, sistemas de autorização, monitoramento e sanções. Acentua o Prof. GERELLI: “é conhecido o custo do controle e do pessoal que deve realizar o controle, como também é conhecida a ineficácia das sanções pecuniárias. A tributação anti-poluição é paga sem possibilidade de transação, incentiva a introdução de tecnologia menos poluidora e avançada, minimiza o custo administrativo e o tempo de aplicação das sanções, enfim, é mais transparente. Entretanto, acentua o professor italiano, “a cultura jurídica imperante privilegiou a regulamentação ambiental direta e impediu que tímidos passos para a intervenção fiscal fossem dados”.⁶

5 GODARD, Olivier. *Environnement et développement durable*. Séminaire du Centre National de la Recherche Scientifique. Strasbourg, 1991 (documento interno).

6 GERELLI, E. In *Ambiente-Sviluppo — Il Convegno di Milano*. Roma. Ministero dell'Ambiente, 1989, 167 p.

7. Princípio da responsabilidade da pessoa física e jurídica

No princípio 13 encontramos: “Os Estados devem elaborar uma legislação nacional concernente à responsabilidade por danos causados pela poluição e com a finalidade de indenizar as vítimas.” O direito tradicional da responsabilidade civil tem ficado emparedado na fase em que os danos já foram causados. Esse direito, com a construção doutrinária de excelentes juristas, pode ter servido no passado. Contudo, para a conservação do ambiente e do homem — que dele faz parte — precisamos do direito da responsabilidade preventiva, que focaliza situações que antecedem o dano. Não se fará justiça em pretender-se somente indenizar as vítimas, como se o dinheiro pudesse reconstruir os malefícios que pesam sobre as crianças atingidas pela radiação de Chernobyl. Os direitos nacionais necessitam sair do quadro estreito do “agir e, depois, tentar corrigir” para o “não-agir ou corrigir a tempo” através de um novo direito da responsabilidade. Os legisladores brasileiros de 1981 tiveram a sensibilidade ética de adotar a responsabilidade ambiental civil sem culpa (artigo 14 da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981 — Lei de Política Nacional do Meio Ambiente). Esse regime de responsabilidade tem servido de fundamento para o expressivo número de decisões judiciais nas ações civis públicas ambientais.

O direito internacional ambiental já inseriu a responsabilidade sem culpa em algumas Convenções: Convenção de 1963 (Viena), na área da energia nuclear; a Convenção sobre responsabilidade civil por danos causados pela poluição de hidrocarbonetos de 1969 (Bruxelas); Convenção sobre a responsabilidade internacional por danos causados por objetos espaciais de 1972. Os constituintes brasileiros de 1988 deram um significativo passo na teoria jurídica da responsabilidade penal e administrativa ambiental, dizendo: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (artigo 225, § 3.º). Contudo, os legisladores ainda não ajustaram os tipos penais à necessária responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No Congresso das Associações de Direito Ambiental, realizado em Limoges, na Recomendação n.º 3, defende-se a manutenção do princípio da responsabilidade penal com culpa para a pessoa física, mas se propõe a responsabilidade penal sem culpa para a pessoa jurídica. O direito penal atual não tem se revelado eficaz na proteção do ambiente, e, portanto, os juristas devem esforçar-se pela sua transformação⁷.

7 Déclaration Limoges — Recommandations de la réunion mondiale de associations de droit de l'environnement. Limoges. Centre International de Droit Comparé de L'Environnement, 1992, 136 p.

8. *Princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional*

Destacamos do princípio n.º 2 da Declaração do Rio de Janeiro/92: "Conforme à Carta das Nações Unidas e aos princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em conformidade às suas próprias políticas em matéria de ambiente e desenvolvimento".

Na Declaração de Estocolmo/72 também constou esse princípio, com a seguinte redação — n.º 21: "de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos de acordo com sua política de meio ambiente".

A Declaração do Rio de Janeiro/92 acrescenta o conceito de política de desenvolvimento. Ambas as Declarações inseriram no mesmo princípio a obrigação de diligência sobre as atividades exercidas no território para que as mesmas não produzam dano transfronteiriço.

O princípio da soberania dos Estados na exploração de seus próprios recursos foi, também, inscrito na Convenção da Diversidade Biológica (artigo 3), assinada no Rio de Janeiro/92.

A Declaração do Rio de Janeiro/92 fez uma aliança de princípios entre meio ambiente e desenvolvimento, afirmando: "...a proteção do meio ambiente deve fazer parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente" (princípio 4).

As normas ecológicas, os objetivos e as prioridades de gestão ambientais não foram niveladas entre todos os países. Agiram com acerto os negociadores da Declaração do Rio de Janeiro/92, como se vê do texto do princípio 11. Deve-se levar em conta o custo social e econômico das medidas. Contudo, o princípio 11 deve ser analisado sempre em conjunto com o princípio 9, que aponta a cooperação tecnológica entre os Estados através da troca de conhecimentos científicos e tecnológicos, inclusive "transferência de técnicas novas e inovadoras". Insistimos, portanto, que a desigualdade no desenvolvimento não pode levar a um congelamento das exigências jurídico-ambientais, o que aprofundaria a situação de injustiça internacional, permitindo até importar-se a poluição.

9. *Princípio da eliminação de modos de produção e consumo e da política demográfica adequada*

A Declaração do Rio de Janeiro/92 inseriu como princípio 8: "Com o fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de

vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriadas”.

O universo está abarrotado de rejeitos de todos os tipos, inclusive dos nucleares. A própria Declaração do Rio de Janeiro/92 concita os Estados a tomarem medidas contra o tráfico internacional de rejeitos (princípio 14). Estamos, contudo, longe ainda das soluções, pois a cadeia produtiva não se tornou limpa na sua origem, continuando, portanto, a produzir rejeitos indesejáveis.

A Declaração de Estocolmo, em seu princípio 16, abordara o tema dizendo: “Nas regiões onde a taxa de crescimento da população ou sua concentração excessiva seja de natureza a exercer influência desfavorável sobre o ambiente e o desenvolvimento, e naquelas onde a fraca densidade de população possa impedir qualquer melhoria do ambiente ou impedir o desenvolvimento, é preciso implementar políticas demográficas que respeitem os direitos fundamentais do homem e sejam julgadas adequadas pelos governos interessados.”

O tema demográfico voltou a merecer consideração na Declaração do Rio de Janeiro/92, ainda que tenha sido mais amplamente tratado em 1972. A política demográfica deve respeitar os direitos fundamentais do homem, e, dessa forma, qualquer medida de esterilização coercitiva merece repulsa. O que se espera, inclusive no aspecto jurídico, é um comportamento dos Poderes Públicos e das Organizações Não-Governamentais para formar uma consciência pessoal e social da paternidade-maternidade responsáveis também em razão da sanidade e viabilidade do ambiente.

O planejamento do uso dos recursos ambientais depende do planejamento populacional. Uma bacia hidrográfica tem seus usos limitados e, portanto, os assentamentos humanos devem ser planejados na medida em que a água potável possa ser captada e os dejetos humanos e outros possam ser tratados.

A legislação, refletindo a consciência de uma determinada sociedade, poderá formular regras de caráter fiscal e econômico para serem suportes de uma política demográfica adequada à realidade dos ecossistemas.

10. *Princípio do desenvolvimento sustentado: direito intergerações*

Nos vinte e sete princípios da Declaração do Rio de Janeiro/92 encontramos em pelo menos onze a utilização do conceito de “desenvolvimento sustentado”. O Relatório “Nosso Futuro Comum”, da Comissão Mundial sobre Ambiente e Desenvolvimento (1987), afirma que, “mesmo no sentido mais estreito do termo, o desenvolvimento sustentado pressu-

põe uma preocupação de equidade social entre as gerações, preocupação que deve estar presente, logicamente, numa mesma geração". O relatório salienta, também, que o desenvolvimento sustentado é um desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de responder também às suas próprias necessidades.

O Simpósio Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente realizado em Tóquio fez constar em sua declaração final: "o meio ambiente global é uma herança que nós — geração atual — devemos herdar de nossos ancestrais e transmitir à geração futura com possibilidades de desenvolvimento. Esta responsabilidade nós a chamamos "responsabilidade patrimonial", segundo a fórmula do Prof. J. Sax. O direito ambiental global deve poder assumir esta responsabilidade patrimonial, qualquer que seja o problema: CO₂, floresta tropical úmida ou a diversidade biológica"⁸.

O termo utilizado em francês para conceituar este tipo de desenvolvimento é *durable*. A idéia de durabilidade do desenvolvimento corresponde ao sentido de um desenvolvimento permanente, transmitido, não interrompido numa geração. Por isso, é adequado falar-se em "patrimônio ambiental" a ser conservado, "pois a noção de patrimônio é mais ampla do que a de propriedade ambiental". O termo patrimônio está ligado ao termo "pai" e à transmissão da propriedade através do pai ou da família. A idéia do patrimônio ambiental — local, regional, nacional, comunitário, continental e da humanidade — direciona no sentido da conservação do meio ambiente não só para as atuais como para as futuras gerações (princípio defendido na Declaração de Estocolmo — 1972, como na Carta Mundial da Natureza — 1982)⁹. O patrimônio ambiental não é uma noção só de presente, pois ele supõe o direito de recebê-lo do passado e o dever de entregá-lo para o futuro.

A Constituição Federal Brasileira agasalhou também a noção de que o meio ambiente deve ser conservado em benefício das gerações atuais e futuras (artigo 225, *caput*). Tudo o que puder seriamente ocasionar o esgotamento dos bens ambientais em prejuízo da atual geração ou somente da futura geração é inconstitucional.

A Declaração do Rio de Janeiro/92, em seu princípio n.º 3, pode ser utilizada como conclusão deste trabalho: "O direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras".

⁸ Déclaration de Limoges, *op. cit.*

⁹ LEME MACHADO, F. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, 4ª ed. Malheiros Editores, 1992, 605 p.

Construção e Desconstrução do Discurso Culturalista na Política Africana do Brasil

JOSÉ FLÁVIO SOMBRA SARAIVA

Chefe do Departamento de História da Universidade de Brasília. PhD pela Universidade de Birmingham, Inglaterra

SUMÁRIO

1. Um novo discurso na origem da política africana do Brasil. O contexto da "Política Externa Independente" (1961-1964). 2. As ilusões engendradas pelo discurso culturalista sobre a África. 3. Usos, sentidos e críticas. A desconstrução do discurso culturalista (de 1964 aos nossos dias). 4. Conclusão. Uma avaliação do discurso culturalista.

O objetivo deste texto é o de mostrar que, ao lado da formulação da política africana do Brasil (1961-hoje), foi construído um discurso para consumo interno e externo que visava apresentar a nova política como uma conseqüência natural dos séculos de contatos do Brasil com a África. Esse discurso, aqui definido como "culturalista", esprou-se através da política externa do Brasil para a África ao longo dessas décadas. Além disso, ele construiu ilusões e ações que tornaram a política africana do Brasil um capítulo especial e distinto das demais políticas externas brasileiras.

O texto está dividido em quatro partes. A primeira explora o próprio nascimento da política africana e do discurso culturalista. A segunda discute os conteúdos desse discurso e as ilusões engendradas por ele. A

terceira mostra as diferentes acepções e usos do discurso culturalista ao longo das décadas em estudo, além da desconstrução do mesmo feita por setores marginais à diplomacia brasileira. Finalmente, na quarta parte, faz-se uma avaliação do discurso culturalista em suas vinculações com o universo dos interesses que o produziram.

1. *Um novo discurso na origem da política africana do Brasil. O contexto da "Política Externa Independente" (1961-1964)*

A "Política Externa Independente", iniciada pelo Presidente Jânio Quadros em 1961 (que governou de 1.º de fevereiro até 25 de agosto do mesmo ano) e continuada pelo Presidente João Goulart até março de 1964, foi lançada em um dramático período de redefinição do Estado brasileiro e de suas possibilidades de ação no sistema internacional. Essas redefinições levaram o País a tentar escapar de uma automática aliança com o Ocidente, particularmente com o centro hegemônico, os Estados Unidos. Foi essa a primeira clara tentativa de redefinição em toda história da política exterior brasileira do pós-guerra. Ela também trouxe uma significativa consequência para as relações do Brasil com o mundo afro-asiático, em especial a África. Na verdade, foi nesse período que nasceu a chamada política africana do Brasil.

A reversão da política exterior brasileira, em janeiro de 1961, pode ser sintomaticamente exemplificada por um incidente. Horas antes de tomar posse como Presidente, Quadros anunciou que o barco português *Santa Maria*, que havia sido seqüestrado pelos oponentes do regime salazarista, poderia desembarcar no porto brasileiro de Recife. Quadros ficou famoso por sua habilidade no uso de gestos dramáticos para obter resultados políticos. O incidente com o *Santa Maria* serviu para que ele sinalizasse a reversão da política externa seguida pelo Presidente Kubitschek em relação a Lisboa.

Como tais mudanças radicais podem ser explicadas? Embora não seja o objetivo central deste texto, deve ser lembrado que Quadros esteve pessoalmente envolvido na reformulação da política exterior de Kubitschek. Parte da explicação pode ser encontrada na importância que atribuiu Quadros ao cortejo das opiniões públicas nacionalistas e esquerdistas. Outra parte pode ser identificada na ambição de ampliação dos poderes presidenciais via uma ativa e mais autônoma política externa. Mas certamente a Política Externa Independente não foi só uma ambição de um presidente com "sonhos de poder".

Ao contrário, a nova política externa foi apoiada por setores influentes da sociedade brasileira e não ficou confinada à área esquerdista do espectro político do País. Diplomatas brasileiros como Bezerra de Menezes, Oswaldo

Aranha e Alvaro Lins, os quais haviam antes advogado uma política africana, e políticos como Afonso Arinos de Melo Franco e San Tiago Dantas, ambos participantes da própria formulação da "Política Externa Independente", nunca proferiram nenhum ataque radical contra a ordem capitalista ocidental. Mesmo durante a campanha eleitoral que levou o Presidente Quadros à vitória em 1960, seu oponente Marechal H. T. Lott, defendeu uma revisão da política exterior, em especial com os Estados Unidos¹.

Ao mesmo tempo, a "Política Externa Independente" não terminou com a renúncia de Quadros. Continuou com o Presidente João Goulart até março de 1964 e teve corolários mesmo durante o primeiro governo militar pós-1964. Brás de Araújo chamou a atenção para o fato de que a nova política externa tinha por base o processo de produção e sua capacidade industrial do final dos anos 50 que justificavam a busca de novos mercados na África e outras regiões não tradicionalmente contempladas pela política externa do Brasil². Essas seriam as origens da reorientação da diplomacia brasileira e das redefinições do papel do Estado brasileiro nas relações internacionais no início da década de 60.

As bases da chamada Política Externa Independente estavam já postas no final da década de 50. Elas não visavam desafiar, em profundidade, o tradicional alinhamento brasileiro aos Estados Unidos, na política de troca de concessões que vinha da Segunda Guerra Mundial. Ela procurava, entretanto, inserir novos conteúdos e opções que facilitassem uma busca de maior autonomia para o País no cenário internacional. Mas foi também o resultado de uma brecha que se abria no próprio contexto internacional, com a rediscussão da Guerra Fria, ante a emergência da África e da Ásia como novos atores nas relações internacionais independentes.

De qualquer forma, a política africana do Brasil é um legado da Política Externa Independente. Ela foi pessoalmente formulada por Jânio Quadros na sua memorável mensagem ao Congresso Nacional em 15 de março de 1961. Ele definiu a nova política exterior do Brasil como um instrumento contra o colonialismo e o racismo e sublinhou o apoio brasileiro à autodeterminação dos povos da África. Afirmou que o Brasil tinha aspirações comuns com a África e a Ásia, como o "desenvolvimento econômico, a defesa dos preços dos produtos primários, a industrialização e o desejo pela paz"³.

1 L. A. Moniz Bandeira, *Brasil—Estados Unidos: A Rivalidade Emergente (1950-1988)*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1989, pp. 94-95.

2 Ver a tese de doutorado de José Brás de Araújo, "Politique Extérieure et Contradictions du Capitalisme Dépendent: le Gouvernement Jânio Quadros au Brésil". Vincennes, Université de Vincennes, 1979.

3 Jânio Quadros, *Mensagem ao Congresso Nacional*. Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1961, pp. 91-101.

Era a primeira vez que um presidente brasileiro anunciava claramente tais objetivos na política externa brasileira. A nova política exterior era o resultado da busca de novas saídas para o crescimento econômico do País, mas também de uma resposta às mudanças no sistema internacional⁴. O mundo menos bipolar, mais diverso, e o esforço de desenvolvimento seriam os elementos contextuais que levaram o Brasil a formular uma política africana. Esses objetivos foram amplamente expostos por um dos arquitetos da própria Política Externa Independente, San Tiago Dantas, Ministro das Relações Exteriores no primeiro governo parlamentarista de João Goulart (de 11 de setembro de 1961 a 15 de julho de 1962)⁵.

Em um artigo publicado em setembro de 1961 na revista *Foreign Affairs*, Quadros proclamava o anticolonialismo como a principal diretriz da nova política exterior do Brasil para a África. Ele admitiu que, durante muitos anos, o Brasil tinha cometido erros através do apoio incondicional ao colonialismo europeu nas Nações Unidas. Segundo ele, tal apoio havia gerado uma natural e justificada desconfiança dos africanos em relação às posições internacionais do Brasil. O Presidente Quadros afirmou que envidaria todos os esforços para “mudar essa posição”⁶.

Demonstrou Quadros, de fato, todo o seu envolvimento pessoal na forja da política africana. “Le soleil des indépendences”, que havia gerado dezessete novos Estados independentes na África em 1960 e que não causara nenhuma ação ou discurso do Presidente Kubitschek, era agora um dos temas preferidos do novo presidente. Ainda em março de 1961, Quadros afirmava que o esforço brasileiro na África, por mais intenso que fosse, era somente uma “modesta recompensa” pela imensa dívida que o Brasil tinha para com a África.

Segundo Quadros, “considerações morais” sozinhas já justificavam o *rapprochement* brasileiro com a África. Ele gostava de se referir à idéia de “identidade espiritual” do Brasil com a África. Ainda mais, ele insistia que uma África próspera e estável era uma condição essencial para a “segurança e o desenvolvimento do Brasil”⁷. Nascia a matriz do DISCURSO CULTURALISTA que marcaria toda a política africana do Brasil até os nossos dias.

4 Ver F. J. Marroni de Abreu, “L'Évolution de la Politique Africaine du Brésil.” Mémoire DEA. Paris, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 1988, pp. 15-16.

5 San Tiago Dantas, *Política Externa Independente*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1962.

6 Jânio Quadros, “Brazil's New Foreign Policy”, *Foreign Affairs*, 40, October, 1961, p. 21.

7 Jânio Quadros, *Mensagem ao Congresso...*, op. cit., pp. 90-101.

2. *As ilusões engendradas pelo discurso culturalista sobre a África*

A projeção na África de uma imagem do Brasil que facilitasse os contatos comerciais, políticos e culturais foi um aspecto crucial na formulação da política africana do Brasil. O Presidente Quadros falou em "ponte", "identidade cultural" e insistiu que o Brasil era o produto histórico de duas heranças, uma ocidental e uma outra africana⁸.

A segunda identidade do Brasil com a África era condição suficiente para uma nova relação especial entre os dois lados do Atlântico Sul. Essas características imaginárias na aproximação brasileira à África nos governos de Jânio Quadros e João Goulart são, em certo sentido, definidoras para a compreensão das ações diplomáticas produzidas pelo Brasil naquele continente⁹.

A fórmula adotada pelo Presidente Quadros foi sistematicamente desenvolvida nas mensagens diplomáticas do Brasil na África. Ela enfatizava "familiaridade" e "história comum" entre os dois lados. Ironicamente, a presença dos retornados afro-brasileiros e seus descendentes na costa ocidental da África (que haviam sido expatriados do Brasil para a África como um fluxo contínuo desde as rebeliões urbanas na Bahia de 1835 até o início do presente século) foi utilizada como uma evidência da recíproca atração entre a África e o Brasil.

Referindo-se à sua visita à África antes da campanha presidencial de 1960, Quadros apresentava-se como alguém interessado na África. Só por isso sentia-se livre para declarar, na forma mais paternalista possível, que os novos "grandes Estados" da África deveriam encontrar na maturidade internacional do Brasil a coragem que lhes faltava para acelerar a inevitável emancipação¹⁰.

Em março de 1961, o Ministro das Relações Exteriores Afonso Arinos argumentava que não era o Brasil que estava à procura da África. Ao contrário, eram as "jovens nações" da África que procuravam o apoio do Brasil no período da descolonização.

Alguns primeiros funcionários dos governos africanos que visitaram o Brasil expressaram polida desconfiança desse discurso de solidariedade

8 Há uma profusão de tais expressões no artigo já referido de Jânio Quadros, "Brazil's New...", *op. cit.*

9 Para mais profunda explicitação acerca da importância dessas ações e ilusões como elementos propulsores da ação da diplomacia brasileira na África, ver José Flávio Sombra Saraiva, "Brazil's Foreign Policy Towards Africa, 1945-1985. Realpolitik and Discourse", PhD Thesis, Birmingham, The University of Birmingham, 1991, pp. 127-130.

10 O *Glóbo*, 31 de maio de 1960, p. 7.

cultural, como fez o Ministro nigeriano Joseph Medupe Johnson em junho de 1961¹¹. Mas houve claras vozes que endossaram a fórmula brasileira.

Um dos aspectos mais interessantes desse discurso culturalista construído pelos atores da política exterior do Brasil para a África era a construção acrítica do estereótipo da espontânea generosidade africana. Os formuladores da política africana, como fica claro nas falas de Quadros, Arinos e muitos outros, acreditavam em uma natural receptividade africana aos acenos brasileiros de solidariedade cultural e política.

O transparente esforço da diplomacia brasileira em construir uma imagem negra do Brasil a ser exportada para a África ficou evidente na nomeação do primeiro embaixador brasileiro para a África Negra. Na ausência de diplomatas negros na chancelaria brasileira, e ante a necessidade de dar consistência prática ao discurso, foi nomeado o jornalista negro Raymundo de Souza Dantas como embaixador brasileiro em Acra, Gana, em 1961, pelo próprio Jânio Quadros. Isso refletia uma série de juízos e atitudes que enriqueceram o discurso culturalista. Mas também serviu para que o presidente daquele país africano, Kwame Nkrumah, ironicamente comentasse que a melhor prova da integração racial brasileira seria a indicação de um embaixador negro para países brancos¹².

No Brasil, a indicação de Souza Dantas para a embaixada em Gana foi considerada uma prova de despojamento e determinação do Presidente. Mas também foi objeto de severas críticas. O historiador José Honório Rodrigues acusou Quadros de "racismo às avessas"¹³. Ele não duvidou das qualidades de inteligência e cultura do novo embaixador, mas insistiu que Souza Dantas não tinha as qualidades requeridas para o posto de uma primeira embaixada brasileira na África. A condição de Souza Dantas como negro não era suficiente. Mas a decisão estava tomada e o discurso culturalista encontrava sua tradução nas primeiras ações da política africana do Brasil.

Uma outra dimensão dessa novidade na história diplomática do Brasil era a doméstica. A idéia do Brasil possuir uma "natural vocação africana" foi certamente uma construção inicialmente feita para o consumo africano. Entretanto, ela também teve relevância na tentativa de aproximação de Quadros às comunidades negras no Brasil. Se ele foi o primeiro e

11 *O Globo*, 18 de junho de 1961, p. 16.

12 Cf. Wayne Selcher, "Afro-Asian Dimension of Brazilian Foreign Policy, 1956-1966". PhD Thesis. Gainesville, Florida University, 1970, p. 94.

13 J. H. Rodrigues, "O Racismo às Avessas do Presidente Jânio Quadros", *O Jornal*, 2 de março de 1961; *Apud* J. H. Rodrigues, *Brasil e África. Outro Horizonte*, São Paulo, Nova Fronteira, 1982, pp. 399-466.

único Presidente brasileiro que apontou um embaixador negro, Quadros também foi o primeiro a nomear um negro (Professor Milton Santos, da Universidade da Bahia) para servir na Casa Civil da Presidência da República. Mais ainda, o cargo foi considerado um dos mais importantes, no plano nacional, no período de Quadros no governo.

Ao mesmo tempo, talvez não seja uma coincidência que o Ministro das Relações Exteriores de Quadros, Afonso Arinos de Melo Franco, era um branco conhecido como o congressista que propôs a Lei 1.390, aprovada pelo Congresso Nacional em 3 de julho de 1951. Essa lei, que se tornou conhecida como a Lei Afonso Arinos, proibia atos de discriminação racial e estabelecia penalidades para infratores. Como ministro, Afonso Arinos sustentou que o Brasil tinha uma importante e positiva contribuição a oferecer às relações internacionais no que concerne aos temas raciais¹⁴.

Acordos culturais foram propostos pelo Presidente Quadros para o Senegal, Gana e Nigéria, e bolsas de estudo brasileiras foram oferecidas a estudantes africanos. O Brasil, através dessa política cultural, apresentava-se ao mundo africano como um exitoso exemplo de moderna civilização tropical. Pretendiam os formuladores da política exterior mostrar para a África que o Brasil havia sabido enfrentar o processo de industrialização e que poderia ajudar as nações africanas em seus próprios desafios de desenvolvimento e de transformação cultural.

Um grupo de intelectuais brasileiros descreveu o Brasil como um país ocidental "africanizado" que poderia mediar o Primeiro e o Terceiro Mundos. Um desses intelectuais, Eduardo Portella, que era também membro de agências governamentais responsáveis pela implementação de uma política cultural para a África, chegou a caracterizar o Brasil como "a maior nação africana fora da África"¹⁵.

Havia um considerável apoio para a nova política africana do Brasil dentro da comunidade acadêmica. Alguns respeitáveis intelectuais brasileiros se tornaram assessores do Itamaraty e dos Presidentes Quadros e Goulart. José Honório Rodrigues escreveu sobre a necessidade das novas relações com a África. Defendia que a população miscigenada do Brasil seria um catalisador para o esforço de solidariedade às nações africanas. Outros intelectuais como Maria Yedda Linhares e Manuel Maurício de Albuquerque, professores do Instituto Rio Branco, formavam as novas gerações de diplomatas na perspectiva do novo interesse brasileiro na África.

14 Afonso Arinos de Melo Franco, "O Brasil e a Questão de Angola na ONU", *Cadernos Brasileiros*, edição especial, 1962, p. 32.

15 Eduardo Portella, "O dilema cultural da África e a Questão de Angola na ONU", *Caderno Econômico*, 164, 1962, p. 58.

O mesmo diplomata que havia sido voz dissidente na época da política exterior de Kubitschek, embaixador Adolpho Justo Bezerra de Menezes, publicou um novo livro, *Ásia, África e a Política Independente do Brasil*¹⁶, no qual argumentava em favor de virtudes brasileiras que favoreceriam uma ativa política externa do País na África. Primeiro, ele chamava atenção para a crise do colonialismo, que daria um papel decisivo às nações africanas no cenário internacional. Em segundo lugar, ele reiterou a opinião generalizada entre os diplomatas brasileiros de que o Brasil estava em uma excelente posição para liderar o bloco de nações afroasiáticas.

As ilusões do discurso culturalista se expressavam claramente nos escritos de Bezerra de Menezes. Ele já havia defendido a idéia falaciosa em seu livro anterior de que a “quase perfeita” igualdade racial existente no Brasil permitiria ao País ser o melhor mediador entre a África e os países ocidentais¹⁷.

Não resta dúvida que tais ilusões envolveram os intelectuais brasileiros no início da década de 60, e muitos até os nossos dias, mas também foram amplamente aceitas por diplomatas e políticos. José Honório Rodrigues, que escreveu o já referido clássico em 1961, defendia ardorosamente o Brasil transatlântico, uma nação “intercontinental”, e propunha uma política externa capaz de “seduzir as massas africanas”¹⁸.

Rodrigues era um respeitável *scholar* e seu trabalho certamente foi um marco intelectual na evolução das percepções brasileiras da África. Ele deve ser visto como o arquiteto de vários argumentos, do discurso culturalista que a diplomacia de Jânio Quadros e João Goulart envaideciam-se em utilizar.

Muitos líderes políticos e intelectuais brasileiros repentinamente descobriram que eles estavam destinados a influenciar os novos países africanos. Mas o segundo grande paradoxo ilusório era que o País continuava a viver uma séria falta de conhecimento da realidade africana da época, sem falar da história daquele continente, depois que os brasileiros romperam, gradualmente, o tráfico atlântico de escravos. O verdadeiro “silêncio” sobre os assuntos africanos, que a elite brasileira havia cultivado após o final da escravidão, persistia nas instituições de ensino superior e na educação em geral no Brasil.

16 Adolpho Justo Bezerra de Menezes, *Ásia, África e a Política Independente do Brasil*. Rio de Janeiro, Zahar, 1961.

17 Adolpho Justo Bezerra de Menezes, *O Brasil e o Mundo Asia-Africano*. Rio de Janeiro, GRD, 1960, p. 7.

18 Na primeira edição (RJ, Civilização Brasileira, 1961) do seu *Brasil e África...*, *op. cit.*, a citação referida aparece entre as páginas 341 e 346.

Quadros tentou modificar esta situação, na ânsia de dar mais consistência ao discurso de aproximação à África. Ele criou o Instituto Brasileiro de Estudos Afro-Asiáticos (IBEAA) em 1961, que só começou a funcionar efetivamente em março de 1962. Era um instituto que visava exatamente relacionar o Ministério das Relações Exteriores com a academia através do estudo e do acompanhamento político dos eventos na África e na Ásia. O Instituto também deveria levar adiante todos os planos na área cultural, incluindo intercâmbio de estudantes e especialistas.

O IBEAA foi amplamente criticado pelos oponentes da nova política africana do Brasil. Alegava-se que havia uma concentração muito grande de comunistas e intelectuais esquerdistas. O Instituto era claramente simpático aos novos governos africanos, ensaiava uma ativa política de solidariedade e cooperação e teve como diretor aquele que definia o Brasil como a maior nação africana fora da África; Eduardo Portella. Mas também lá estavam intelectuais como Cândido Mendes de Almeida e Maria Yedda Linhares. No fundo, o Instituto se tornou um *lobby* pró-África no interior do governo e um disseminador de informações favoráveis a uma ativa política exterior para o continente. Tudo isso sem falar que sua produção intelectual estava permeada por todos os esquemas do discurso culturalista. O Presidente Goulart tentou também criar um centro de estudos especialmente voltado para os assuntos africanos, o Centro de Estudos de Cultura Africana, mas não conseguiu dar a mesma relevância que o IBEAA teve.

Entretanto, certas evidências de que o interesse acadêmico na África vinha desde o final do governo Kubitschek pode ser comprovado com o surgimento em 1959 do Centro de Estudos Afro-Orientais (CEAO) na Universidade da Bahia. Embora não tivesse ligação direta com o Ministério das Relações Exteriores do Brasil, o Itamaraty, ele recebeu muito apoio da diplomacia brasileira nos governos da Política Externa Independente.

O fundador e primeiro diretor do CEAO foi o Professor Agostinho da Silva, um intelectual português que havia dado distância em relação à política colonial portuguesa na África e em relação ao regime de Salazar. O CEAO organizou cursos sobre a cultura africana para estudantes e profissionais, estabeleceu importantes contatos com intelectuais africanos, mandou professores estudarem e pesquisarem na África. Vivaldo da Costa Lima, Paulo F. de Moraes Farias, Waldir de Freitas Oliveira, Ieda Pessoa de Castro, entre outros, fizeram parte da primeira geração brasileira de africanistas que saíram do CEAO.

Mas o CEAO esteve também ativamente ligado à política cultural do Itamaraty na África. Ele participou dos primeiros programas de estudantes

africanos no Brasil, que vinham em particular da Nigéria, Gana, Senegal, Cabo Verde, Camarões e Guiné-Bissau para estudar em universidades brasileiras.

A chegada desses estudantes no final de 1962 produziu um grande interesse na cidade de Salvador, Bahia. A maior parte deles começou a realizar cursos regulares na Universidade da Bahia ou em outras universidades brasileiras¹⁹.

Mas a presença dos estudantes também mostrou as outras ilusões engendradas pelo discurso culturalista. Thales de Azevedo descreveu em seu livro *Democracia Racial* a clara manifestação de discriminação racial contra os primeiros estudantes africanos que chegaram à Bahia²⁰. Entre outros exemplos, houve o caso de um gerente de um clube social de Salvador que se recusou a aceitar a presença dos convidados africanos no clube durante uma festa natalina²¹. De acordo com Azevedo, alguns estudantes africanos começaram a recusar convites para festas pelo embaraço que isso lhes causava.

Mas as ilusões permaneceram. A diplomacia brasileira continuava a construir todas as imagens possíveis do Brasil como o país perfeito racialmente. Foram nomeados *attachés* culturais para Lagos (o escritor Antonio Olinto e, depois, o conhecido esportista Adhemar Ferreira da Silva) e para Acra (o antropólogo Vivaldo Costa Lima e, depois, o escritor Gasparino Damata). Inicialmente, particular atenção foi dada aos "retornados" afro-brasileiros e seus descendentes. O convite à Senhora Romana da Conceição (alforriada que havia deixado o Recife para Lagos no ano de 1900) para visitar o Brasil em 1963 foi um exemplo disso²². Ela era apresentada como um exemplo da "história comum" que unia o Brasil à África.

Mas a relevância da contribuição africana à cultura brasileira, através da chamada "história comum", só era conhecida pelo público através dos aspectos particulares da vida brasileira que haviam "chegado" da África: nomes, culinária, música, costumes. A visita da Sra. Romana é um bom exemplo da falácia do discurso culturalista. As condições

19 Ver a descrição da chegada e dos programas desses estudantes africanos na publicação do CEAQ, *Afro-Ásia*, 1, dezembro, 1965.

20 Thales de Azevedo, *Democracia Racial. Ideologia e Realidade*. Petrópolis, Vozes, 1975, pp. 41-42.

21 Idem, p. 42.

22 Ver o livro de um dos *attachés* culturais do Brasil na Nigéria, Antonio Olinto, *Brasileiros na África*, Rio de Janeiro, GRD, 1964. Ver também a cobertura da visita da Sra. Romana da Conceição na imprensa: "Brasileira vem rever a pátria 63 anos depois", *O Globo*, 11 de maio de 1963.

históricas da escravidão e suas seqüelas para a formação social do Brasil e a violência racial eram tratadas como um mundo à parte da cultura dominante e do universo da política "maior"²³.

Como Florestan Fernandes bem sublinhou, a idéia de que os padrões de relações entre brancos e negros no Brasil era exemplar é um dos grandes mitos da história brasileira deste século, o mito da "democracia racial"²⁴. A suposta democracia racial era a matriz intelectual do discurso culturalista brasileiro para a África. As ilusões do discurso passaram a ser as mesmas da sua matriz.

3. *Usos, sentidos e críticas. A desconstrução do discurso culturalista na política exterior do Brasil para a África, de 1964 aos nossos dias*

Diferentes usos foram atribuídos a essa mesma matriz do discurso culturalista na política externa brasileira para a África através das décadas de 60, 70, 80 e início dos anos 90²⁵. Mas há uma linha condutora única, e estrutura similar no discurso, que permite relacionar as falas de Afonso Arinos e Jânio Quadros no início da década de 60, aos argumentos do Chanceler Saraiva Guerreiro no final da década de 70 e início da de 80, até as palavras do Presidente Collor de Mello em sua visita a quatro países na África Austral em setembro de 1991. Todas essas falas bebem das ilusões construídas pelo discurso culturalista.

Analise-se, em primeiro lugar, os diferentes usos e sentidos. No primeiro governo militar pós-1964, em função dos realinhamentos políticos que se fizeram em favor do centro hegemônico localizado no Norte, houve um retrocesso em relação à política africana ensaiada pelo Brasil no período da Política Externa Independente. Mas isso não significou o fim do discurso culturalista para a África. Ele só adquiriu sentido diverso.

Se não havia uma política consistente em direção à África como um todo, o regime militar tentou criar relações especiais na região austral daquele continente. O pólo de atração foi transferido da África Negra em favor de um diálogo separado com a África do Sul e com os interesses portugueses na região. Mas o Presidente Castello Branco não se

23 José Luiz dos Santos, *O Que é Cultura*. São Paulo, Brasiliense, 1986, pp. 33-34.

24 Florestan Fernandes, *The Negro in Brazilian Society*. New York, Columbia University Press, 1967, p. 137.

25 Ver a construção detalhada de cada um desses usos, sentidos e críticas na tese doutoral defendida por este conferencista na Inglaterra em 1991: José Flávio S. Saraiva, "Brazil's Foreign Policy...", *op. cit.* Ver também artigo de José Flávio S. Saraiva, "Brasil deve reavaliar conexão africana", *Correio Braziliense*, (*Correio Internacional*), 4 de novembro de 1991, p. 4.

afastou da matriz culturalista ao afirmar que Portugal saberia resolver seus problemas na África dentro das “tradições históricas” que haviam sido transpostas para o Brasil e para a África. Segundo ele, tais tradições haviam ajudado à formação da nacionalidade brasileira até formar uma sociedade de tipo multirracial²⁶. Como consequência, o Brasil teria confiança plena na “missão civilizatória” de Portugal na África.

Esse era um outro sentido do discurso culturalista do Brasil para a África, que terminou prevalecendo até meados da década de 70. A possível aliança Brasília-Lisboa-Pretória, baseada no conceito de “segurança e desenvolvimento”, seria a base material do novo sentido do discurso. O General Golbery do Couto e Silva e o Embaixador Meira Penna sugeriram que as assim chamadas “províncias do ultramar” seriam excelentes bases de operação do Brasil na região.

Mas isso deveria ser feito com uma construção imaginária eficaz: a de uma Comunidade Afro-Luso-Brasileira. Ela teria uma população de mais de 120 milhões de habitantes e uma área maior que a da própria China comunista. Além disso, ela significaria a união de quatro continentes além de um incremento real no poder do Brasil²⁷. O discurso culturalista se traduzia, assim, na busca mediadora do Brasil entre Portugal e a África e na construção gradual de um mundo “democrático” racialmente.

A construção apontada explica as visitas do chanceler português Alberto Franco Nogueira ao Brasil em junho de 1965 e setembro de 1966. Na ocasião, foram assinados uma série de acordos que expandiam o famoso tratado de 1953 entre o Brasil e Portugal, onde aparecia a equação germinal de uma comunidade luso-brasileira. Agora, ela teria que ser Luso-Afro-Brasileira.

Mas as novas traduções da matriz culturalista não ficaram sem críticas. Intelectuais e jornalistas que haviam ajudado na formulação de um discurso culturalista abrangente para a África, sem as restrições do jugo colonial, manifestaram-se contra a interpretação castellista. Amílcar Alencastre, no *Correio da Manhã*, deu permanentes provas de uma inquietação generalizada dos “perdedores” de 1964 com a política pró-Portugal do Brasil²⁸.

²⁶ Cf. James Brewer, “Brazil and Africa”, *Africa Report*, 5, maio de 1965, p. 28; e Ministério das Relações Exteriores, *Textos e Declarações de Política Externa*, 1965, p. 35.

²⁷ J. O. de Meira Penna, *Política Exterior: Segurança e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, Agir, 1967, p. 149.

²⁸ Ver artigos de Amílcar Alencastre em sua coluna no *Correio da Manhã*, em fevereiro de 1965. Ver também James Brewer, *op. cit.*, p. 27.

Um segundo momento de revisão do discurso culturalista ocorreu em meados da década de 70, quando do reinício da inflexão da política exterior do Brasil para a África. Naquele momento, o continente africano apresentou uma renovada importância para as redefinições do Brasil no contexto internacional. Foi quando a África apareceu como um espaço no qual o Brasil poderia alcançar grande influência política e intercâmbios comerciais favoráveis.

O discurso diplomático para a África, na segunda metade da década de 70 e início da de 80, ainda tomou emprestado padrões do discurso geopolítico, mas evitou a discussão da "penetração comunista" na África, que havia sido a tônica da interpretação castellista. Como o próprio Presidente Médici afirmou, o Brasil passava a prestar novamente atenção aos fáceis caminhos que o Oceano Atlântico proporcionava ao encontro do Brasil com a África²⁹.

Ora, atrás do petróleo e do intercâmbio pragmático com a África o Brasil novamente se projetava como um poder industrial tropical e miscigenado racialmente. Novamente, as relações históricas com a África passam a ser elementos recorrentes no discurso brasileiro de aproximação ao continente.

A partir da antológica visita do Ministro das Relações Exteriores Gibson Barbosa a oito países na África Negra, em 1972, e de uma inclinação cada vez maior do Brasil em favor das independências dos países de expressão portuguesa, o discurso culturalista (em uma versão que se aproximava muito da fase da "Política Externa Independente") tomou forma mais elaborada no seio da diplomacia brasileira. O fator da "afinidade" cultural e a presença de considerável número de descendentes de africanos no Brasil forneceram, mais uma vez, as bases para o discurso culturalista.

O potencial para uma mútua e benéfica relação de aproximação não só comercial e política, mas também cultural, foi reconhecido até por parte da intelectualidade africana. Uma estudiosa nigeriana das relações do Brasil com a África, Prof.^a Joy Ogwu, ilustrou muito bem, certa vez, a ressonância do discurso culturalista brasileiro:

"This potential was recognised over two decades ago by Nigeria's labour Minister, Chief J. M. Johnson, at an exhibition of Brazilian painting in Lagos. He observed that since Brazil

29 Presidente Médici, *apud*. Olga Nazario, "Pragmatism in Brazilian Foreign Policy: the Geisel Years, 1974-1979". PhD Thesis, Florida, University of Miami, 1983, p. 62.

had the second largest Negro population in the world it had the right to belong to the Organization of African Unity”³⁰.

Mas esse discurso de “fraternidade étnica e cultural” continuava a disfarçar certas realidades político-culturais no Brasil³¹. Anani Dzidzienyo acusou o Itamaraty em 1973 de ser “lilywhite”³². A imprensa nigeriana também devotou considerável cobertura ao intelectual e ativista brasileiro Abdias do Nascimento durante o Segundo Festival Negro e Africano de Arte e Cultura (FESTAC), acontecido em Lagos e Kaduna, na Nigéria, em janeiro de 1977³³.

Abdias do Nascimento criticou duramente o discurso culturalista, do Itamaraty em seu artigo “Black Man’s Burden in Brazil”, publicado pelo *The Daily Sketch*, de Ibadan, de 28 de janeiro de 1977. Apesar dessas manifestações, o Itamaraty continuou promovendo a imagem das relações raciais do Brasil como modelar, tendo feito um considerável trabalho de relações públicas que chegava a confundir os interlocutores africanos da diplomacia brasileira.

Em 1982, o Ministro das Relações Exteriores do Brasil, o diplomata de carreira Saraiva Guerreiro, ao falar para a Câmara de Comércio Brasil-África, em São Paulo, e elogiando os quase quatro bilhões de dólares do comércio do Brasil com a África em 1982, reafirmou os “objetivos” da aproximação brasileira para a África. Disse o chanceler que a África não era só uma economia complementar à brasileira, onde o fluxo comercial era a única expressão que interessava na relação. Apesar de todo o chamado pragmatismo da política exterior do Brasil, Saraiva Guerreiro afirmava:

“A África não é estranha ao Brasil, e não é só um mercado, mas uma das principais fontes da nossa formação”³⁴.

30 Joy Ogwu, “Nigeria and Brazil: A Model for the Emerging South-South Relations?” in Jerker Carlsson (ed.), *South-South Relations in A Changing World Order*. Uppsala, Scandinavian Institute of African Studies, 1982, p. 105.

31 Ver Anani Dzidzienyo e J. Michael Turner, “African-Brazilian Relations: A Reconsideration” in Wayne Sekher (ed.), *Brazil’s Multilateral Relations. Between First and Third Worlds*. Boulder, Westview, 1978, pp. 208-210.

32 Anani Dzidzienyo, “The World of Afro-Brazilians”, *West Africa*, 2 de março de 1973, p. 301. Ver também Anani Dzidzienyo, “A África vista do Brasil”, *Afro-Asia*, 10-11, 1970, pp. 79-97.

33 Abdias do Nascimento, *O Negro Revoltado*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982, pp. 14-15; Anani Dzidzienyo e J. Michael Turner, *op. cit.*, p. 208.

34 Ministério das Relações Exteriores, “Saraiva Guerreiro faz conferência na Câmara de Comércio Afro-Brasileira”, *Resenha de Política Exterior do Brasil*, 321, jan./fev./mar. 1982, pp. 50-53.

Esses padrões de discurso nunca apareceram para as relações do Brasil com a América Latina, Estados Unidos e Europa. Talvez só tenha aparecido nas relações com Portugal, por razões também bastante compreensíveis. Assim, a diplomacia brasileira da década de 80 repetia as fórmulas consagradas por Jânio Quadros, no contexto da inauguração da política africana do Brasil, no início da década de 60.

Ainda mais, se na década de 80 a política africana do Brasil era considerada por alguns setores mais conservadores da política no país como um "vago projeto"³⁵, ela era, por outro lado, criticada pelo seu caráter "mercantilista" e crescentemente "racista" por setores intelectuais e políticos, tanto na África quanto no Brasil. Assim, o próprio discurso culturalista recebeu críticas severas.

Em especial, vale acompanhar a desconstrução do discurso culturalista da política externa do Brasil feita pelos intelectuais africanos e movimentos afro-brasileiros que emergem no final da década de 70 e se expandem vigorosamente nas décadas de 80 e início desta. No primeiro caso, a presença crescente de diplomatas, empresários e estudantes africanos no Brasil levou a que eles constatassem, *in loco*, a falácia da chamada "democracia racial", que havia sido mercantilizada pela diplomacia brasileira na África. Mais significativo testemunho não poderia ser dado que aquele feito pelo jornalista CLEM BAIYE, de um dos mais importantes diários nigerianos, o *New Nigerian*, em 19 de agosto de 1980, depois de participar como convidado no Diálogo Brasil-Nigéria, que reuniu as diplomacias de ambos os países na Universidade de São Paulo naquele ano:

"It was becoming more and more difficult for the representatives of the Establishment to hide the facts of the political situation in Brazil. Some of the blacks who were present said they had never heard about the Centre for Afro-Asiatic Studies. One said the negro was usually presented as somebody who could do no more than dance. Another advised his fellow blacks not to raise the issue of racial difference in the presence of visitors. On our part we replied that we were not embarrassed because even in our own society we had problems. We were happy that such issues were being raised as that would enable us to report back home the reality of Brazil"³⁶.

35 Roberto Campos, "A retórica e a verdade do Itamaraty", *O Estado de S. Paulo*, 13 de novembro de 1983; "A propósito de nossa política terceiromundista", *O Estado de S. Paulo*, 19 de junho de 1980.

36 Nigerian Institute of International Affairs, *Nigerian-Brazilian Dialogue on Foreign Policy — a report of a Nigerian-Brazilian Dialogue*. Lagos, NIIA Press, 1982, p. 50.

No segundo caso, a inclusão dos temas raciais na agenda política brasileira desde o final da década de 70 até os dias de hoje levou a uma discussão das relações do Brasil com a África. Como lembrou a atriz de televisão e ativista do movimento negro no Brasil Léa Garcia, os movimentos de libertação dos povos africanos, em especial no caso da independência de Angola e Moçambique em 1975, tiveram uma importante influência nos movimentos negros brasileiros³⁷.

Há uma gama variada de movimentos negros que nasceram na última década, com diferentes níveis de crítica ao discurso culturalista da política externa brasileira para a África. A Comissão do Negro do Partido dos Trabalhadores, através de jornais como o *Raça e Classe*, manifestou expresso repúdio às ambigüidades do discurso culturalista brasileiro na África, sem poupar críticas ao Itamaraty³⁸. O Movimento Negro Unificado (MNU) e a Pastoral do Negro da Igreja Católica foram menos críticos acerca do discurso sobre o negro brasileiro construído pela diplomacia brasileira na África³⁹.

De qualquer forma, é claro que, desde a década de 80, os movimentos negros brasileiros se tornaram um fator de desconstrução do discurso culturalista. Mas a voz de tais movimentos, ao contrário dos Estados Unidos, foi sempre considerada um fator secundário e raramente foi levada em conta pelos formuladores da política externa do Brasil para a África⁴⁰.

Uma forte evidência dessa indiferença por parte dos formuladores da política africana do Brasil foi apresentada pela revista *Afrodíaspóra — Revista Quadrimestral do Mundo Negro*, que discutiu um suposto "veto" do Itamaraty à organização no Brasil do Terceiro Congresso Americano de Cultura Negra, que seria realizado em 1982⁴¹. Em uma estrondosa denúncia, com ressonância nacional, vários grupos organizados de afro-brasileiros criticaram os "critérios racistas" que o Governo brasileiro utilizava para definir sua política cultural e educacional.

A origem do "veto" teria sido a recusa do Itamaraty em tramitar junto à UNESCO todos papéis relativos ao Congresso, como tinha ocorrido nos anteriores pelas chancelarias que abrigaram o Primeiro e o Segundo Congressos.

37 Léa Garcia, "O preconceito no cotidiano", *Cadernos do Terceiro Mundo*, 41, janeiro de 1982, p. 33.

38 Ver "Namíbia... Livre!", *Raça e Classe*, 3 (I), out./nov., 1987, p. 8.

39 "A organização da população negra e alienação. Movimento Negro Unificado — MNU", *Afrodíaspóra*, 3, outubro de 1983 — janeiro de 1984, pp. 50-62.

40 José Flávio Sombra Saraiva, "A Política Brasileira para a África", *Humanidades*, 13, 1987, pp. 84-91.

41 "Racismo do Itamaraty veta o III Congresso de Cultura Negra das Américas", *Afrodíaspóra*, 1 (I), jan./abr. de 1983, documento número dois, pp. 71-79.

O assunto mereceu a apreciação do Congresso Nacional brasileiro e mobilizou congressistas como Raimundo Diniz, Franco Montoro, Alceu Collares, José Frejat e Paes de Andrade. O clima de indignação com a diplomacia brasileira foi bem traduzido pelo Deputado Paes de Andrade quando se referia ao silêncio do Itamaraty em responder sobre a tramitação do III Congresso, o que tornava muito estranha a política brasileira de reforçar as relações do Brasil com os países africanos⁴². A ponte da política externa do Brasil para a África com a realidade política do negro no Brasil ficara estabelecida pelo próprio Congresso Nacional. As falácias do discurso culturalista ficavam ainda mais evidentes.

Mas a melhor explicitação da falácia foi feita por um outro Deputado, José Frejat, em 26 de junho de 1981, quando comentou o silêncio do Itamaraty sobre a petição de informação sobre o andamento da tramitação do pedido de recursos para o III Congresso:

“A decisão do Itamaraty desmorona a imagem que o Brasil estava construindo junto aos países africanos”⁴³.

4. Conclusão. Uma avaliação do discurso culturalista

Para concluir, é importante sublinhar algumas questões que servem para melhor compreender o papel do discurso culturalista na aproximação brasileira à África desde o início da década de 60. Em primeiro lugar, aparentemente dois discursos acerca da chamada “natural” solidariedade estiveram disponíveis no *rapprochement* com aquele continente. Um enfatizava as afinidades históricas com os povos negros na África, em especial os de língua portuguesa. O outro privilegiava as relações históricas com a África via Portugal, dentro de uma perspectiva ainda colonialista, através de uma suposta Comunidade Luso-Afro-Brasileira.

Após a independência da chamada África Portuguesa, os dois discursos anteriores convergiram através da exploração de novas possibilidades do Brasil na África. Entretanto, entre 1961 e 1974-1975 (com a Revolução dos Cravos e o reconhecimento brasileiro do governo revolucionário do MPLA em Angola), esses dois discursos implicavam diferentes alternativas. Uma das fundamentais conseqüências da política africana no início da década de 60 foi, através do primeiro sentido do discurso culturalista de Quadros, o enfraquecimento do discurso lusófilo, que já vinha de antes.

Em segundo lugar, deve ser dito que não há nada de “natural” em nenhum dos dois discursos. A cultura hegemônica do Brasil há muito tempo já havia adotado definições de si mesma que implicavam relegar a heran-

42 Congresso Nacional, *Diário do Congresso Nacional*, Câmara dos Deputados, Sessão de 29 de maio de 1981, pp. 4.668-4.670.

43 “Racismo no Itamaraty veta...”, *op. cit.*, p. 76.

ça africana a um lugar menor. As elites intelectuais e políticas brasileiras, em especial as diplomáticas, tinham favorecido modelos ocidentais ao longo do século XX, que pouco tinham a ver com a África ou mesmo com Portugal. Este, desde a independência brasileira no início do século XIX, tinha consistentemente bloqueado o estabelecimento de relações diretas mais profundas do Brasil com a África. Nesse sentido, Portugal era mais um rival que um potencial canal da influência cultural brasileira na África.

Em terceiro lugar, nenhuma das duas vertentes do discurso culturalista fora uma invenção *ad hoc*. Tradicionalmente, elas haviam ajudado o Brasil, e em especial à sua política externa, a manter uma certa autopercepção como um país diferente na América do Sul e distinto culturalmente dos seus vizinhos. A África era, por outro lado, um espaço "natural" para a influência brasileira através da emissão de sinalizações de um discurso culturalista que só o Brasil poderia fazer na América do Sul.

Em quarto lugar, é desnecessário lembrar que interesses econômicos e políticos estiveram no centro da aproximação brasileira da África ao longo das décadas aqui discutidas. Nesse sentido, o estudo da política externa do Brasil para a África não pode ficar restrito a uma mera comparação de discursos. As mudanças mais expressivas de um discurso para o outro se fizeram dentro de alterações de interesses materiais muito claros.

De qualquer forma, a natureza do discurso culturalista engendrou ilusões. E tais ilusões facilitaram decisões políticas que tiveram conseqüências reais para a África e para o Brasil. No berço da política africana do Brasil, as ilusões paternalistas de uma natural solidariedade Brasil-África, que a história dava, preparou espaços mentais novos para uma ação política e comercial em direção ao continente africano. No interior do Governo brasileiro houve resistência a esta solidariedade, já que havia outras, mais ocidentais, que deveriam ser sublinhadas.

Havia também uma crescente expectativa, produto da ignorância da história recente africana, que, ao menor aceno da diplomacia brasileira, os governos africanos buscariam o abrigo do "irmão" do outro lado do Atlântico Sul. Em outras palavras, a África Negra independente aparecia, aos olhos dos formuladores da política africana do Brasil, como uma arena favorável na qual o Brasil poderia estabelecer sua estratégia de se tornar cada vez mais autônomo no cenário internacional. A África oferecia um bom espaço de manobra, sem o abandono das áreas tradicionais de interesse da diplomacia brasileira.

Mas o discurso tinha limites. As desilusões provocadas pela crítica dos movimentos negros brasileiros, quase nunca considerados na estratégia africana do Brasil, e da própria intelectualidade africana, tem trazido um certo grau de revisão do discurso culturalista. Em 1992 seria muito estranho ouvir um diplomata brasileiro falando, como Afonso Arinos havia declarado em 1961, que o Brasil não busca a África, mas que a África busca o Brasil.

História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra *

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Ciências Criminais da Universidade de Frankfurt, Alemanha

SUMÁRIO

- I. *Depois da guerra e depois dos nazistas*
 1. Cicatriz e esquecimento.
 2. Delatores e juizes.
 3. *Renascença do Direito Natural.*
 4. *Concepção hermética.*
- II. *Dogmática abstrata*
 1. *Argumentação hermética.*
 2. *A teoria finalista da ação.*
 3. *Dogmática e metodologia.*
 4. *Política criminal academicista.*
- III. *Teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências*
 1. *Política criminal voltada para as conseqüências.*
 2. *Crítica do Direito Penal.*
 3. *Realidade e alcance.*

* *Artigo inédito, traduzido do original alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, Procurador da República, doutorando em processo penal na Universidade de Frankfurt, Advertências quanto à tradução: na redação, procurou-se guardar fidelidade ao estilo do autor, tendo o tradutor optado por traduções literais ou descritivas de conceitos ainda desconhecidos da literatura jurídica brasileira, segundo parecesse melhor à clareza, e pelo emprego de termos consagrados na doutrina penal brasileira, ainda que não correspondessem literalmente ao original alemão. Nomes de órgãos jurisdicionais e de diplomas legais foram traduzidos pelos equivalentes brasileiros, quando possível, mantendo-se a sigla ou abreviação alemã quando ocorrente (ex.: StGB, Código Penal; StPO, Código de Processo Penal; BGH, Supremo Tribunal Federal; OLG, Tribunal Superior Estadual, seguido da cidade-sede; etc.). Nas notas de rodapé, as referências bibliográficas foram transcritas inteiramente no original, inclusive indicações de página, e outras destinadas à busca. Quando pareceu útil à compreensão do tema abordado ou interessante para que o leitor de língua portuguesa se inteirasse dos temas discutidos pelos penalistas e criminólogos alemães nas distintas etapas históricas, o tradutor forneceu tradução livre dos títulos de artigos, revistas ou livros, entre []. Siglas de periódicos e repertórios de jurisprudência foram meramente transcritas. No final do texto, veja-se nota do tradutor indicando algumas publicações do autor traduzidas para o espanhol ou português.*

4. Pontos principais.

- a. Proteção de bens jurídicos.
- b. Prevenção por intimidação.
- c. Ressocialização.
- d. Ciências sociais, execução penal e ensino jurídico.

IV. Direito Penal funcional

1. Questões fundamentais.

2. Questões exemplares.

- a. Tendências.
- b. Áreas de interesse e instrumentos.
- c. Acordos no processo penal.
- d. Agravamento das medidas coercitivas de investigação.

3. O papel das ciências penais.

- a. Teoria e prática.
- b. Dogmática penal.
- c. Teorias penais.
- d. Política criminal.

4. Questões abertas e tarefas postas.

I. Depois da guerra e depois dos nazistas

1. Cicatriz e esquecimento

Nenhuma práxis jurídica e nenhuma concepção do Direito foi a mesma após 1945. Esta verdade não é menos eloqüente por ter sido apenas aos poucos percebida, nem pela circunstância de que, por exemplo, em 1968, o abismo em relação a 1944 parecesse mais profundo que em 1948. Pelo contrário, os estragos da era nazista foram de tal extensão, que só com o tempo e muito esforço eles puderam ser percebidos e compreendidos em toda a sua gravidade¹. Isto não quer dizer que a era nazista tenha como que surgido de surpresa no horizonte de um dia para o outro e da mesma forma desaparecido sem deixar vestígios: obviamente ela foi preparada, gestada e ainda sobreviveu por algum tempo de múltiplas

1 Instrutivo a propósito, no campo do Direito Penal, uma das primeiras exposições críticas em Eb. SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1. Aufl. 1947, 3. Aufl. (1965), §§ 345ff., sob o título "Der Zusammenbruch der deutschen Strafrechtspflege im nationalsozialistisch-totalitären Staate" ["O desmoronamento da tutela penal alemã durante o Estado totalitário nacional-socialista"].

formas². Isto apenas evidencia que se, por um lado, a práxis e a ciência jurídicas foram profundamente marcadas pelas vicissitudes da era nazista, por outro lado, estas vicissitudes não foram inteiramente apreendidas de um só fôlego. Nós mal começamos a processar este passado e a descobrir suas cicatrizes em nosso presente. Seja apenas marginalmente anotado que esta tarefa, ao menos aparentemente, vem sendo na atualidade transposta para os julgamentos dos fatos relacionados com ex-República Democrática Alemã.

Este binômio de cicatriz e esquecimento dificulta extraordinariamente uma segura exegese do pós-Guerra (e, por conseqüência, também dos períodos sucessivos) e sugere equívocos e falsas conclusões. Acrescente-se que a análise precisamente desta etapa de nossa história deve ter em conta interesses acentuados e controvertidos sobre os possíveis resultados: muita coisa dependeu e depende do resultado da análise³. Se tudo isto não bastasse, ainda convém arrematar que os mencionados obstáculos à compreensão do pós-Guerra incidem acentuadamente sobre a seara do Direito Penal, sua práxis e também sua teoria. Questões como as normas fundamentais vigentes neste campo, penas corporais e a moral do dia-a-dia suscitam o interesse das pessoas pelos aspectos penais da discussão.

Assim, desde que se considerem todas as ressalvas indicadas, parece-me que não é (ainda) possível extrair-se teses definitivas sobre os efeitos da era nazista para o Direito e as ciências penais⁴. O risco de

2 Esta visão foi elaborada para o Direito Penal especialmente por NAUCKE, Cf. (sobre o método) Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975, S. 14ff; (sobre a questão propriamente) Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht [Sobre cláusulas genéricas e aplicação da lei do Direito Penal], 1973, S. 9ff.; Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland [Desenvolvimentos da política geral e suas relações com a reforma do Direito Penal na República Federal da Alemanha], in: W. HASSEMER (Hrsg.), Strafrechtspolitik [Política do Direito Penal], 1987, S. 25ff.

3 Apaixonada análise dos anos 1945-48 sob o título "Irrtümer und Illusionen" ("Equívocos e ilusões"), em Dieter SIMON, Zäsuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der deutschen Nachkriegsgeschichte [Rupturas após 1945. Ensaios sobre a periodização da história alemã do pós-Guerra], 1990, 153ff.

4 Um forte argumento para justificar esta cautela afigura-se-me nos conteúdos diversificados do conceito de "positivismo jurídico" antes, durante e após a Guerra, sempre apresentados como certezas inquestionáveis. Exemplos e demonstrações em LAAGE, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945 [A controvérsia em torno do conceito de ilícito legal após 1945], in: KJ 1989, 409ff.; Manfred WALTHER, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht? [O positivismo jurídico tornou os juristas alemães indefesos no "III Reich"?], in: DREIER/SELLERT (Hrsg.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", 1989, S. 323ff. As discussões partem do famoso tratado de Gustav RADBRUCH sobre Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht [Ilícito jurídico e Direito suprallegal] (SJZ 1946, 105ff, atualmente in: RADBRUCH, Gesamtausgabe [Obras completas] 3, Rechtsphilosophie III, 1990, S. 83ff.).

representações grandiloquentes, porém falsas, é enorme. Em vez desta pretensão, melhor será ater-se ao que salta aos olhos e daí tentar prudentemente extrair algumas conclusões.

2. *Delatores e juizes*

Esta trilha modesta permite em todo o caso o exame de várias questões. Após o colapso da dominação nazista e o fim da Guerra, aflorou no campo do Direito Penal um problema de ordem prática que reclamava urgente solução. Este problema só era teoricamente solucionável por um caminho específico. O problema e sua elaboração teórica conduziram inevitavelmente ao clássico dilema do Direito (penal) durante e após os períodos de "ilícitos legais". Refiro-me ao problema, para usar uma expressão atual⁵, dos "delitos da velha ordem" e à impossibilidade de processá-los sem lançar mão de princípios jurídicos suprapositivos.

Depois da Guerra e dos nazistas, principalmente a práxis penal e a doutrina penal voltada para a Teoria do Estado e para a Filosofia do Direito descreveram esse dilema e procuraram uma saída⁶. O dilema cristalizou-se em sua forma mais pura em duas direções: a punibilidade dos delatores cujos informes expuseram os denunciados à violência estatal⁷ e a punibilidade dos juizes que aplicaram "leis injustas" então vigentes⁸.

A estrutura do problema é idêntica em ambos os casos. Quem não estiver disposto, pelas mais variadas razões, a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno, não consegue mesmo vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema. Afinal, o delator e o juiz não fizeram mais que os funcionários da execução penal e os carrascos e "funcionários" dos campos de concentração na etapa subse-

5 Cf. SAMSON, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands [A elaboração penal dos delitos da velha ordem da RDA após a unificação da Alemanha], in: NJW 1991, 335ff.

6 Instrutivo a este respeito o número especial do SJZ de março de 1947, sobre Humanitätsverbrechen und ihre Bestrafung [crimes contra a humanidade e sua apenação] com contribuições de v. HODENBERG (113ff.), A. WIMMER (123ff.) e RADBRUCH (131ff.).

7 Paradigmático a propósito, decisão do OLG [Tribunal Superior Estadual] Dresden, SJZ 1947, 519, com observações de HENNEKA, 523 ("Zur Strafbarkeit der Denunziation als Verbrechen gegen die Menschlichkeit" ["Sobre a punibilidade da delação como crime contra a humanidade"]).

8 Paradigmático a este respeito, COING, Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze [Acerca da responsabilidade penal dos juizes pela aplicação de leis contrárias ao Direito Natural], in: SJZ 1947, 61ff; o artigo discute o trabalho de RADBRUCH, Thesen zu gesetzlichem Unrecht und übergesetzlichem Recht [Teses sobre o ilícito legal e o Direito supralegal], (SJZ 1946, 106).

qüente: simplesmente cumpriram a situação jurídica então vigente⁹. Se não há, além ou acima desta “situação jurídica”, nenhuma fonte do Direito, mas apenas “sentimentos” jurídicos, opiniões subjetivas ou convicções baseadas em fatos, então o problema jurídico dos delatores e juízes criminais fica “resolvido”, antes mesmo que ele possa teoricamente ser formulado.

Mas não somente o Direito Penal da República Federal da Alemanha — na prática em maior extensão que na teoria¹⁰ — ocupou-se da criminalidade violenta nacional-socialista por décadas. Também o Direito Constitucional viu-se obrigado a acercar-se do problema¹¹. Não obstante, as reflexões resultantes deste acercamento influenciaram o Direito Penal proporcionalmente menos¹² que a preocupação acerca de um Direito suprapositivo, cuja base e medida pudesse servir para uma crítica à legislação e à práxis jurídica nacional-socialistas, ou seja, a indagação exemplificada com a punibilidade dos juízes criminais e dos delatores. Nós a discutiremos a seguir sob o título de “renascença do Direito Natural”¹³, onde apontaremos vigorosas conseqüências no domínio do Direito Penal e ciências afins.

9 Evidentemente pode-se encontrar esta mesma estrutura de problema também hoje, no tocante à punibilidade dos espíões da antiga RDA. A polêmica não se estabelece em torno da situação jurídica no âmbito de vigência do StGB [Código Penal da República Federal da Alemanha, que passou a reger toda a Alemanha após a unificação, com algumas ressalvas], isto é razoavelmente claro. O problema consiste mais em saber se é lícito corrigir uma situação jurídica com base em princípios supraleais e quais seriam estes princípios. Vale a pena observar as diferentes soluções adotadas pelo BGH [Supremo Tribunal Federal] e pelo KG [Tribunal Superior de Berlim] sobre a mesma controvérsia jurídica, uma em maio, outra em julho de 1991, JuS 1992, 81ff.

10 Mais detidamente a propósito, H. JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität* [Crimes sob dominação totalitária. Estudos sobre a criminalidade violenta nacional-socialista], 2. Aufl. 1982.

11 Proeminente exemplo é a posterior supressão da prescrição para casos de homicídio qualificado e genocídio. A esse respeito, LÜDERSSEN, *Politische Grenzen des Rechts — rechtliche Grenzen der Politik* [Fronteiras políticas do Direito — fronteiras jurídicas da Política], in: o mesmo, *Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen* [Política criminal em caminhos tortuosos], 1981, S. 143ff., assim como os seguintes artigos na ZRP de 1979: VOGEL (1), EYRICH (49), MAYHOFER (81), KLEIN, BAUMANN, LEWALD (145ff.).

12 Como se pode deduzir em JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a partir da própria seqüência da exposição, as influências mencionadas estendem-se substancialmente aos seguintes campos: autoria e participação, obediência hierárquica, consciência da antijuridicidade, punibilidade do genocídio e de atos preparatórios para a guerra.

13 Esta designação adequa-se a todos os ramos do Direito (inclusive o Penal) com maior ou menor propriedade. Seu estudo sistemático é objeto da Filosofia do Direito, onde maiores pormenores poderão ser consultados, como por exemplo na obra de U. NEUMANN.

3. Renascença do Direito Natural

Sempre que “reavivamento”, “retorno” ou “renascença” do Direito Natural daqueles tempos são hoje comentados numa escala que vai do azedume ao deboche, simplifica-se o fenômeno e perde-se de vista a situação ideológica do pós-Guerra. É certo que a pretensão a uma segurança supra-positiva produziu precisamente na seara do Direito Penal um tipo de fundamentação jurídica absolutamente inconcebível e inaceitável numa sociedade secular, porquanto impede prematuramente uma crítica objetiva da matéria. Sobretudo o malsinado 6.º volume do repertório de decisões do BGH (Supremo Tribunal Federal) em matéria penal oferece um manancial de exemplos contendo este tipo de fundamentação¹⁴.

Todavia, é preciso desde logo levar em consideração o fato singular de que, em 1954, quando os acórdãos foram proferidos, a situação ideológica da Alemanha Ocidental era completamente diversa da dos fins dos anos 40. Na verdade, os julgados da Grande Câmara do Tribunal, tão profusamente citados, não documentam a desesperada busca de um fundamento normativo supra-positivo capaz de negar validade ao ilícito manifestado sob a forma de leis positivas com argumentos teoricamente aceitáveis¹⁵. Mais apropriadamente, eles documentam o mofo normativo dos anos 50: uma atitude de dominação ignorante, do ponto de vista da Teoria do Conhecimento, ingênua, do ponto de vista da Filosofia dos Valores, e insensível, em relação a avaliações inovadoras ou desconhecidas.

Após a Guerra e os nazistas, outras exigências mais imediatas foram dirigidas à Filosofia do Direito e ao Direito Penal¹⁶. Abstraindo-se, por

14 Refiro-me às duas decisões sobre a punibilidade do lenocínio (BGHSt 8, 46) e da participação na tentativa de suicídio de outrem (147). Ambas foram proferidas pelo Großen Senat [Grande Câmara] do Supremo Tribunal Federal e lidam com filigranas do problema com uma certa brutalidade. Em especial a “Lei Moral”, que a ordem jurídica normativamente incorpora em estrutura e feição de lei (e cujo conteúdo, aparentemente, era facilmente acessível ao colegiado julgador), serviu de fundamentação simplista aos dois acórdãos condenatórios, senão vejamos: “A ordem moral quer que as relações entre os sexos se realizem basicamente em forma monogâmica, porque o sentido e o efeito destas relações são os filhos” (53). “Já que a Lei Moral enfaticamente desaprova o suicídio — salvo, talvez, extremas exceções —, e já que ninguém pode, autonomamente, dispor de sua própria vida e dar-se a morte, também não pode o Direito reconhecer que a obrigação de ajuda do terceiro seja menos relevante que a vontade moralmente reprovável do suicida de morrer” (153).

15 Para uma abordagem sucinta e crítica da jurisprudência fundada em argumentações *juanaturalistas*, RUPING, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 1981, S. 111ff.

16 *Formenores em Arthur KAUFMANN, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre — und was daraus geworden ist [A renascença do Direito Natural dos anos do pós-Guerra — e o que dela restou]*, in: *Festschrift für Gagnér*, 1991, S. 105ff.

um momento, a tarefa de se encontrar bases de ação e de avaliação que pudessem ser adotadas após o nazismo e não renegassem as experiências vividas em doze anos — e nesta tarefa se empenharam todos¹⁷ —, defrontaram-se os juristas, sobretudo os penalistas, com um problema urgente e incontornável de Direito Natural: os delatores não haviam mentido, os juízes haviam aplicado as leis formalmente vigentes *lege artis*, mas o resultado obtido exibia um verdadeiro escárnio, diante da mais desprezível aceção de proporcionalidade, lealdade ou dignidade humana.

Veja-se o mesmo problema por um outro lado, a conduta dos juízes: se é justificável¹⁸ que somente a decisão judicial frontalmente desvirtuada da interpretação jurídica geralmente acatada (justa?) possa materializar a modalidade de prevaricação definida no § 336 * do StGB — pois do contrário a independência do juiz não seria preservada —; se é justificável¹⁹ que o § 336 do StGB atue para o juiz como um sucedâneo de outras figuras penais de algum modo relacionadas com a respectiva sentença judicial — pois do contrário a independência do juiz ver-se-ia corroída diante de hipóteses como homicídio qualificado, lesões corporais ou cárcere privado —, então, o resultado insuportável²⁰ é que a justiça penal, afinal de contas, absolve-se a si mesma de sua participação criminosa no terror nazista.

Por conseguinte, a inclusão do Direito Penal para certas juralistas, tanto na doutrina quanto na praxis, foi não apenas compreensível no período após 1945 como também quase que inevitável. Sem uma base normativa para além das leis positivas não era então possível nem uma nova orientação geral jurídico-penal nem o surgimento de uma judicatura com um mínimo de dignidade.

Numa outra abordagem do problema, surge naturalmente a questão do grau de intensidade, fundamentalidade, certeza e abstração com que

17 Isto pode ser bem percebido na vida e no pensamento de Gustav RADBRUCH nesta época. Suas concepções políticas, praxis diária, teoria do conhecimento e filosofia de vida são cuidadosamente descritas por Arthur KAUFMANN, Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987, S. 147-167.

18 Argumentação e justificativas em BGHTt 10, 294 (298ff.).

* N. do T.: § 336 StGB: *um juiz de direito, um outro servidor público ou um juiz arbitral que, na condução ou na decisão de uma causa, praticar uma violação de direito em benefício ou em prejuízo de uma das partes será condenado com pena privativa da liberdade de um a cinco anos.*

19 Limites de aplicação deste princípio em BGHSt 2, 173 (175ff.), acórdão de 12-2-52.

20 Crítica, com fundamentos adicionais em BEMMANN, *Über die strafrechtliche Verantwortung des Richters* [Acerca da responsabilidade penal do juiz], in: *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, S. 308ff.; SPENDEL, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10. Aufl. (1982), § 336 Rdnrn 79ff.; Rdnrn. 92f. sobre o caso do juiz vogal do Tribunal do Povo, Rehse.

as normas suprapositivas devam apresentar-se²¹, a fim de cumprir as tarefas mencionadas satisfatoriamente. Neste ponto é de Justiça formular-se as seguintes críticas: as ciências penais de orientação jusfilosófica do pós-Guerra²² voaram normativamente alto demais, seu modo de afirmação do Direito suprapositivo foi excessivamente enfático, ao passo que suas dúvidas no campo da teoria do conhecimento eram excessivamente superficiais. Além do mais, concentraram-se demasiadamente no estudo do Direito Penal material, em detrimento do processo penal e da práxis cotidiana da elaboração de leis penais, da imposição e execução de penas. Sobretudo, pode-se asseverar que o debate em torno dos ilícitos penais da era nazista foi, nestes anos, estruturado em termos muito abstratos e normativos, portanto estreitos. Só muito mais tarde o debate começou a abordar sistematicamente fatos concretos e relacioná-los com a ordem jurídica penal da era nazista: a realidade do processo penal e de outros procedimentos que, em situações determinadas, faticamente tomavam o seu lugar; a execução penal, números e estruturas das condenações, jurisdição penal, polícia, instâncias não-estatais de controle, etc.²³.

4. *Concepção hermética*

O caminho seguido pelas ciências penais no período após a Guerra e após os nazistas teve conseqüências que em breve seriam percebidas. Duas delas foram particularmente marcantes, a saber, o desinteresse pelos efeitos práticos das opções dogmático-penais, especialmente no campo da política criminal, e a tendência de formular enunciados normativos com a pretensão de solidez e de delimitação hermética.

Geralmente se aponta como passo decisivo rumo a um Direito Penal nacional-socialista²⁴ o Congresso da Seção Alemã da Associação Criminalística Internacional, realizado entre 12 e 13 de setembro de 1932, em Frankfurt am Main. Neste conclave deveria ser discutido o "prosseguir-

21 Orientações sobre estas variantes em ELLScheid, *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, in: KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* [Introdução à Filosofia e à Teoria do Direito contemporâneas], 5. Aufl. (1989), S. 189ff., 203ff.

22 Demonstração exaustiva da assertiva na bibliografia por mim elaborada sobre os seguintes temas: ontologia jurídica, natureza das coisas, estruturas lógico-objetivas, fenomenologia e Direito, Filosofia existencialista e Direito; in: Arthur KAUFMANN (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, S. 664ff.

23 A propósito e agora, WERLE, *Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich* [Direito Penal judiciário e combate policial ao crime no III Reich], 1989, especialmente S. 491ff. (sobre as formas de combate policial ao crime); SCHREIBER, *Zur Strafgesetzgebung im "Dritten Reich"* [Sobre a elaboração de leis penais] (151); RÜPING, *Zur Praxis der Strafjustiz im "Dritten Reich"* [Sobre a práxis da justiça penal] (194), todos in: DREIER/SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz*, páginas indicadas.

24 Entre outros, Eb. SCHMIDT, *Einführung*, §§ 345ff.

mento da reforma do Direito Penal”, com o objetivo de consolidar as tendências liberais, sociais e ciosas do Estado de Direito, então correntes. No entanto, esta consolidação só foi possível seguida do seguinte arrasador aditamento: “sem prejuízo do reconhecimento da influência de novas correntes de pensamento e de significativas alterações em relação às forças políticas”. Porém, pelo menos se podia observar — e é isto que interessa agora — que a política criminal e os seus fundamentos eram o objeto declarado dos debates.

Isto mudou depois. A Seção Alemã da mencionada associação não se reuniu mais, e a política criminal, assim como outras esferas da real práxis jurídico-penal, nunca mais foram tema de interesse das ciências penais. NAUCKE mostrou com detalhes²⁵, trazendo como exemplo o volume *Festschrift für KOHLRAUSCH 1944*, como as ciências penais da época se recolheram ao interior de fundamentações teóricas, fechando os olhos ao que ocorria ao seu redor. Como se verá logo a seguir, esta inclinação não se reverteu imediatamente após a queda do nazismo.

Também o modo axiomático com o qual as ciências penais revestiram seus enunciados não deixou de produzir seus efeitos. Anteriormente, a Filosofia do Direito que se seguira a KANT, no período da República de Weimar e em sintonia com o espírito da época, já manifestava ceticismo frente a enunciados normativos, com o que suscitou uma preocupação e uma sensibilidade para questões da Teoria do Conhecimento, criando assim um antídoto contra uma propaganda massiva, seja por valores “novos” ou “eternos”²⁶, que logo a seguir seria deflagrada. Sucede porém o dilema “ilícito legal” e “Direito supralegal” que exigia formulação mais enfática dos enunciados e levava a fundamentações de cunho jusnaturalista. Ceticismo e sensibilidade revelaram-se receitas muito fracas para o manuseio normativo do terror em forma de lei. Era necessário um equipamento argumentativo poderoso, que pudesse normativamente suplantar as leis. Logo após a Guerra, os Tribunais careciam urgentemente deste equipamento, pouco lhes importando onde o conseguiram.

Enunciados jusnaturalistas, nas horas de aperto normativo, podem ser extremamente úteis, pelo menos nos resultados; empregados como dotação normal da justiça penal ou do Direito Penal, seus efeitos são devastadores, pois eles:

— se distanciam não apenas da crítica e do controle (pilares de uma organização judiciária no Estado de Direito), mas também de modos alternativos de decidir ou de fundamentar;

²⁵ NAUCKE, Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis [Sobre as relações entre a ciência e a prática do Direito Penal], in *ZStW* 85 (1973), 399ff., 404ff.

²⁶ Considero paradigmático o ensaio de RADERUCH, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in: o mesmo, *Gesamtausgabe* 3, S. 17ff.

— impedem uma participação democraticamente organizada dos indivíduos afetados na realização das normas jurídicas de toda natureza;

— propagam um clima de dedução normativa; e

— restringem a influência sobre o surgimento e desenvolvimento do Direito aos especialistas.

Também esta característica das ciências penais contemporâneas tem resistido ao tempo.

II. *Dogmática abstrata*

1. *Argumentação hermética*

Concentração em questões fundamentais do Direito Penal material, pouca atenção à organização jurídica e fática do processo, à política criminal real e a suas conseqüências — eis algumas das estratégias, como se pode supor, de desviar a atenção. A controvérsia em torno do nazismo era deste modo transposta para as elevadas esferas dos juízos de valor e assim se livrava de defrontar-se com detalhes sujos, ou pelo menos não precisava falar sobre eles.

O revestimento de enunciados normativos com certezas jusnaturalistas não sobreviveu apenas como um meio de combater o ilícito sob a forma de lei; tornou-se também uma armadura poderosa. Quem conseguisse entrar em campo com esta armadura tinha pouco a temer no tocante à controvérsia e podia contar que suas afirmações não seriam (tão depressa) desmentidas pelo mutável espírito da época. O distanciamento da historicidade e de condicionantes de tempo e espaço é uma marca específica e tradicional da fundamentação jusnaturalista de normas.

A concentração em argumentações normativas e o revestimento jusnaturalista dos enunciados certamente não foram uma especificidade apenas da discussão penal que se seguiu imediatamente a 1945. As mesmas características estiveram presentes também na discussão penal da etapa subsequente, quando a criminalidade nazista já deixou de ser seu tema ou tarefa principal. Esta etapa teve uma outra coloração. Ela alcançou, segundo alguns²⁷, o clímax do requinte e refinamento dogmático-penal,

27 Abordagem crítica da matéria, mas reconhecendo o elevado nível técnico que o finalismo trouxe às discussões teóricas básicas do Direito Penal: ROXIN, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: o mesmo, Strafrechtliche Grundlagenprobleme [Problemas fundamentais do Direito Penal, com tradução em português], 1973, S. 72ff.; o próprio WELZEL não tinha confiança incondicional em sua teoria, como se vê mais ou menos em seu trabalho, Un die finale Handlungslehre, 1949, S. 30f.

que, no plano teórico²⁸, culminou na teoria finalista da ação²⁹ (*infra*, n.º 2) e nas controvérsias a seu respeito³⁰ (*infra*, 3), e, no plano político-criminal, esgotou-se no célebre projeto “E 1962”³¹ (*infra*, 4).

2. A teoria finalista da ação

Evidentemente, a teoria finalista da ação (assim como na verdade toda a Dogmática penal dos inícios da República Federal da Alemanha, mas aqui mais acentuadamente) tem muito a ver com o ideário nazista³². Isto é bastante compreensível, já que as bases desta teoria remontam aos anos 30 e também ela sofreu os influxos ideológicos do tempo em que se desenvolveu. Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas antiliberais da era nazista³³, resta incontroverso que a acepção pessoal de ação e de antijuridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico³⁴, encontrava um correspondente contemporâneo, se bem que distorcido, no “Direito Penal da vontade”, elaborado pelo pensamento penal nazista³⁵.

A teoria finalista da ação entrou em campo desde o início com grande auto-estima e poderosa argumentação. Ela ambicionava nada menos que elevar as ciências penais ao nível da Filosofia e Antropologia contempo-

28 Divergente em vários aspectos sobre a matéria, mas com argumentação similar, WURTENBERGER, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957, 2. Aufl. (1959). Continuando na mesma senda desta obra, agora, MÜLLER/DIETZ, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945 [A situação teórica do Direito Penal alemão após 1945], in: GA 1992, 99ff.

29 Acerca da qualificação que o finalismo se atribui, como uma “época de edificação de um sistema do Direito Penal”, B. SCHÜNEMANN, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: o mesmo (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 34ff.

30 Sobre o posterior fim desta etapa, SCHMIDTHÄUSER, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? [O que sobrou da teoria finalista da ação?], in: JZ 1986, 109ff.

31 Entwurf eines Strafgesetzbuches v. [Projeto de um Código Penal] de 4-10-1962, BT-Dr. IV/650.

32 Cf. FROMMEL, Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht [A teoria finalista de Welzel. Uma resposta conservadora ao Direito Penal da vontade do nacional-socialismo], in: REIFNER/SONNEN (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich [Justiça penal e polícia no III Reich], 1984, S. 86ff.

33 Substancial acerca destas questões, MARXEN, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre [A campanha contra o Direito Penal liberal. Um estudo sobre o antiliberalismo nas ciências penais dos anos vinte e trinta], 1974, principalmente 76ff., 167ff.

34 Detalhes nitidamente apontados em MAURACH/ZIPP, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 7. Aufl. (1987), § 16 II B1.

35 Assim também, SCHMIDTHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2. Aufl. (1975), Rdnr. 7/14.

râneas e ao mesmo tempo perenizar esta posição. De uma certa forma, ela acabou conseguindo seu intento ³⁶.

O adversário com o qual a teoria finalista se defrontou estava decerto despreparado no campo que o finalismo elegeu como decisivo. A teoria até então existente, prontamente rotulada de "causal", tinha-se ocupado pouco das questões agora convertidas em essenciais. Ela havia ordenado e sistematicamente pensado, analisado, classificado e harmonizado seu objeto e produzira um sistema de enunciados complexo e fungível no seu conjunto, o qual porém pecava por não ser consciente de si e, portanto, não conseguir autojustificar-se. Mediante indagações sobre os fundamentos básicos, os alicerces "reais" do seu sistema, a teoria tradicional via-se facilmente em apuros, sim, acabou mesmo em ridículo.

É certo que, sobretudo na assim chamada "polêmica das escolas penais", na virada do século, muito já se debatera sobre os justos fins das penas, inclusive com o emprego de teoremas filosóficos inspirados nas ciências da natureza ³⁷. Não menos certo é que Franz von LISZT, em seu "Programa de Marburgo" ³⁸, já esboçara os contornos de uma "ciência penal total" e com isto já teria abordado o sistema jurídico-penal de fora. Certo é também que os neo-kantianos e os neo-hegelianos tentaram emprestar ao Direito Penal suas próprias tradições filosóficas ³⁹. Tudo isto, porém, diante das pretensões da teoria finalista, não passava de meros estilhaços.

O finalismo entrou na arena com um saber homogêneo sobre nada menos que o núcleo do Direito Penal — ação, antijuridicidade e culpa —, trazendo a firme convicção de que este saber se assentava sobre o Ser ⁴⁰. Nada de tradições ou opiniões, e sim "estruturas objetivas" (baseadas na "natureza das coisas" ou argumentos semelhantes), era a divisa, que, assim,

³⁶ Exposição sucinta em JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (1988), § 22, V, 2-8.

³⁷ Discussão e fundamentação em FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften* [Modelos de prevenção na discussão alemã sobre os fins da pena. Relações entre Filosofia do Direito, Dogmática, política do Direito e ciências empíricas], 1987, principalmente 42ff.

³⁸ Von LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* [A idéia de finalidade no Direito Penal], in: ZStW 3 (1983), 1ff; a este respeito, NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, in: ZStW 94 (1982), 525ff.

³⁹ Um bom exemplo é a tese de cátedra de RADBRUCH de 1904: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* [A idéia de ação e seu significado para o sistema do Direito Penal. Ao mesmo tempo, uma contribuição para a sistemática das ciências penais]. Sobre este trabalho e suas relações com a teoria finalista da ação, Arthur KAULFMANN na reedição de 1987, S. VIIff.

⁴⁰ Levado a este ponto no manual de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (1969), § 8 I, II.

conferia ao finalismo a convicção da retidão da teoria penal. Os fundamentos do Direito penal não deveriam ser objeto do "achar" ou do convencional de cada um, e sim o resultado de cuidadosa observação científica (isto é, inacessível à cegueira científica). O legislador não tinha a prerrogativa de deliberar sobre o regramento justo, podia apenas acolhê-lo ou rejeitá-lo, encontrá-lo ou perdê-lo. Esta certeza metódica dos finalistas não se restringiu a questões fundamentais, que pela sua generalidade não fossem vinculantes, mas estendeu-se por minúcias como a localização do dolo na estrutura do crime, as relações da autoria com a participação⁴¹ e a omissão imprópria⁴².

Contra esta teoria não germinou nenhuma erva dogmática, mas apenas metodológica, e isto teve conseqüências palpáveis logo a seguir.

Qualquer opinião divergente acerca de ação, antijuridicidade, participação, dolo ou omissão não representava objeção séria, enquanto não fosse também guarnecida com certezas jusnaturalistas, "objetivas". Portanto, uma teoria que apenas divergisse das teses finalistas perdia, pelo só fato de divergir, qualquer possibilidade de receber atenção acadêmica e legislativa, e de gerar efeitos práticos na jurisdição penal, porque seu modo de argumentar se afigurava demasiado frágil. Uma ciência do Direito Penal, um legislador ou um órgão jurisdicional que estivessem habituados a converter verdades objetivas, fundadas no Ser, em pensamentos e ações concretas, não se deixariam impressionar, no exercício de tal atividade, por uma crítica que contestasse o conteúdo intrínseco destas verdades, sem oferecer um outro fundamento igualmente objetivo (qualquer que fosse sua motivação). Do ponto de vista metodológico, o finalismo, na seqüência da redescoberta do Direito Natural, acabou por estragar a vitória.

3. Dogmática e metodologia

Contra o finalismo não surgiu nenhuma teoria penal igualmente munida de armadura jusnaturalista. Sobre as razões para isto pode-se apenas especular. Uma hipótese poderia ser a de que os potenciais críticos tivessem em tão alta consideração a nítida separação entre ser e dever ser, de importância secundária para o finalismo. Daí, esses críticos não desejavam seguir o caminho filosófico da "lógica das coisas" ou da "natureza das coisas" para combater o finalismo. Também poderia ter tido alguma relevância o fato de que o finalismo já havia ocupado inteiramente o campo da

41 "Quem quiser normatizar a ação deve atentar à sua estrutura ontológica. A estrutura da ação humana finalista, nela compreendida a função do dolo, não pode ser modificada sequer pelo legislador, que, caso queira normatizá-la, deve observar suas características intrínsecas, sob pena de errar o alvo da normatização pretendida." (WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* [Direito Natural e justiça material], 1951, S. 197).

42 Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, etwa S. 177f.

"lógica das coisas", de modo que, a um crítico que quisesse combater em pé de igualdade, só restavam opções metodológicas, e não dogmáticas: ou se destroçava o finalismo em seu próprio modo de argumentar, ou se edificava um modo de argumentação igualmente poderoso. Ambas estas opções requerem uma certa fadiga filosófica a que as teorias penais de então não se achavam dispostas⁴³.

Portanto, as oposições ao finalismo mais promissoras situavam-se no plano metodológico. Elas não chegavam, por isto mesmo, a ser muito convincentes e afinal não tiveram o êxito esperado. Dois trabalhos são a este respeito paradigmáticos.

STRATENWERTH, um dos discípulos de WELZEL com evidente distanciamento de suas concepções, abordou em 1957 o problema da "natureza das coisas". A despeito do título do trabalho, este ocupou-se na verdade do teorema das "estruturas lógico-objetivas"⁴⁴. Ao contrário de outros finalistas, que demonstraram notável indiferença por problemas metodológicos, neste trabalho o autor procurou estabelecer nítidas distinções entre realidades dadas e sua valorização, de maneira que, da base "lógica" do Direito Penal pouco mais restou do que uma pálida "alusão ao ser humano como pessoa", isto é, como foco de valoração⁴⁵. Convenhamos que este não era um bom começo, porque quase todas as concepções dogmáticas se ajustavam a enunciados semelhantes.

A ENGISCH coube, em 1961, no curso de uma polêmica metodológica principalmente com o finalismo, mas também com STRATENWERTH, formular a única e decisiva questão: "Onde termina a estrutura do Ser e onde se insere o foco da valoração? Quais são os critérios, com base nos quais, nós podemos decidir se e o que, na constatação da "natureza pessoal" do ser humano, deve ser creditado na conta da realidade pré-existente ou na conta da valoração jurídica?"⁴⁶. No entanto, ele acusou STRATENWERTH de hesitação no acolhimento de dados ontológicos⁴⁷.

Em suma, a crítica metodológica não atingiu frontalmente os alicerces do finalismo e, por conseguinte, não abalou seus teoremas dogmáticos. Ainda hoje não se tem por definido qual o *status* metodológico que deve ser atribuído às formulações dogmáticas da teoria finalista: se, para dar um exemplo, a localização do dolo é disposta na estrutura do crime devido

43 Bem nítido em HIRSCH, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zu Köln, 1988, S. 399ff.

44 STRATENWERTH, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", 1957.

45 Idem, principalmente S. 17ff.

46 ENGISCH, Zur "Natur der Sache" im Strafrecht. Ein Diskussionsbeitrag, apud KAULFMANN (Hrsg.), Die ontologische Begründung etc., S. 216.

47 Idem, S. 212ff., 216ff.

à natureza (humana), ou se é sugerida apenas em decorrência de quaisquer razões de conveniência; se a pessoalidade da teoria da antijuridicidade se deve a algum espírito da época, ou se decorre de alguma idéia de justiça atemporal. Estas são lacunas dolorosas para um interesse filosófico nas ciências penais. O fim da teoria finalista e de seus êmulos ocorreu⁴⁸ do modo como Thomas KUHN descreveu o "impulso revolucionário" nas descobertas e avanços científicos⁴⁹: Seus teoremas dogmáticos — quando não foram de algum modo acolhidos — e sua metodologia não foram refutados, mas apenas esquecidos, e o fio da discussão prosseguiu em outros domínios e de outras formas⁵⁰.

4. Política criminal academicista

Os traços marcantes desta etapa, nomeadamente a concentração em fundamentos práticos da disciplina e a inclinação para a solidificação hermética dos enunciados científicos, constituíram-se num veneno para qualquer relevância político-criminal desse tipo de ciência penal: Política criminal exige não tanto concentração nos fundamentos teóricos, mas muito mais a sensibilidade para uma "ciência penal total", aí compreendidos os dados empíricos da realidade sancionatória ou do desenvolvimento e controle sobre as condutas desviantes, aí compreendido também o interesse por modalidades novas ou alternativas de sanção, pela ação conjunta do Direito e processo penal, pela integração de Direito Penal, Direito trabalhista e previdenciário, política habitacional, políticas da juventude e da saúde pública. Para isto a Dogmática academicista encontrava-se pessimamente equipada. Mais devastador para um engajamento político-criminal seria ainda a inclinação para o endurecimento e a pre-

48 Com mais pormenores e sob um ângulo de visão sociológico a este respeito, minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl. (1990), S. 226ff.

49 KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967, *passim*. Uma objeção a esta abordagem no domínio da Criminologia encontra-se em KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach* [A definição social de conduta desviante. Perspectivas e limites do labeling approach], 1974, principalmente S. 15ff.; a propósito, W. HASSEMER, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, in: *JZ* 1976, 164ff.

50 É moda desde há algum tempo invocar o modelo de KUHN diante da constatação de qualquer mudança no campo das ciências para se diagnosticar uma "mudança de paradigma", e, aqueles que assim procedem, não raro precipitam-se a proclamar sua descoberta. Por isto, deve ficar bem claro aqui que a questão, de se a passagem de uma Dogmática abstrata para uma teoria penal voltada para as conseqüências (*infra*, III) revelou uma mudança de paradigma ou algo menos espetacular, apresenta uma importância secundária, tendo em vista as dificuldades de se submeter os desenvolvimentos das ciências penais desses tempos a um tipo de ciência determinado. Portanto, a referência a KUHN atesta não tanto uma mudança de paradigma, mas apenas a observação por ele registrada, segundo a qual as ciências superam seus modelos de explicação e de argumentação menos pela via da refutação que pela via do esquecimento, e que esta observação se aplica também às ciências penais e, particularmente, ao finalismo.

tensão à imutabilidade dos enunciados normativos. Afinal, a política criminal, como qualquer outra política, baseia-se na capacidade e disposição de compromisso entre os contendores; o impasse surge inevitavelmente e insuperável frente a convicções baseadas no Ser, na “essência imutável das coisas”.

Não obstante, a etapa da Dogmática abstrata foi intensivamente submetida a experimentos político-criminais, com uma significativa participação de juristas penalistas⁵¹, e com resultados que apenas corresponderam aos receios. Pode-se afirmar que foram sobretudo estes resultados que difundiram a impressão de que a era da Dogmática abstrata nas ciências penais se aproximava de seu fim.

Os empenhos para uma reforma do StGB (Código Penal) começaram tão logo ele entrou em vigor. A República de Weimar produziu por certo alguns anteprojetos avançados, mas não teve a força e o tempo necessários para convertê-los em lei. A política criminal dos nazistas concentrou-se menos em mudanças legislativas que fáticas. Já na República Federal da Alemanha, a fase decisiva e resoluta na direção de uma reforma tornou-se visível a partir de 1954. A partir de então (e até 1959) passou a reunir-se a Grande Comissão Penal, composta de profissionais da práxis e sobretudo dos mais renomados penalistas do momento. As sucessivas publicações dos relatórios das discussões, sob a forma de “minutas”, fez com que os debates se tornassem acessíveis e eficazes entre os interessados. Neste mesmo ano foram publicados os sete volumes dos “Anais da Reforma do Direito Penal”⁵²; em 1956, 1959 e 1960 surgiram os anteprojetos parciais de um novo StGB que, afinal, convergiram no já mencionado “E 1962”. Todo este movimento foi acompanhado e preparado por discussões dos professores de disciplinas penais em seus congressos, de 1957, 1959 e 1961.

Do ponto de vista das ciências penais, o marco divisor situa-se entre o Congresso dos professores realizado em Saarbrücken, em 1963, e o realizado em Hamburgo, em 1964. Em 1963 deliberaram eles a realização de um congresso extraordinário em 1964, para uma exaustiva discussão do “E 1962”, quando então, através da crítica visceral ao tipo de política criminal vigorante, desenhou-se no horizonte a nova etapa das ciências penais alemãs⁵³. Na mesma ocasião, constituiu-se um grupo de jovens

51 Visão sucinta em BAUMANN/WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 9. Aufl. (1985), § 5, II, 4.

52 Conteúdo essencial: pareceres dos professores de matérias penais sobre problemas de Parte Geral e Especial, Direito comparado, projetos de Direito Penal e de execução penal do tempo da República de Weimar.

53 O primeiro Congresso de professores de matérias penais em que participel foi o de Hamburgo, em 1964. Em nenhum outro momento vivenciei uma tão clara diferença entre duas situações (e gerações).

professores de disciplinas penais que, a partir de 1966, com a publicação de vários volumes de "Projetos Alternativos", formularam uma concepção moderna do Direito Penal na teoria e na prática, manifestada em várias sugestões legislativas e fundamentações doutrinárias⁵⁴.

III. Teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências

1. Política criminal voltada para as conseqüências

A crítica que, a partir de 1964, massivamente se exerceu sobre o "E 1962"⁵⁵ aponta — com maior concentração na política criminal — tanto a *Dogmática abstrata* e academicista do passado como os fundamentos da nova etapa. O citado projeto trouxe o Direito Penal ao ponto culminante do espírito da época:

— criminalização ampla e abrangente, no interesse da integridade do sistema, com ênfase na proteção do Estado e da "moralidade";

— elaboração teórica concentrada nas condições da punibilidade, principalmente na Parte Geral, em detrimento dos efeitos do Direito Penal (*penas e medidas de segurança*);

— favorecimento dos tradicionais fins da pena de retribuição e prevenção por intimidação.

Os novos tons⁵⁶ soavam muito diferentes. Pense-se no caráter fragmentário do Direito Penal e sobretudo no princípio da proteção de bens jurídicos: antes lacunas do que criminalização excessiva e, pelo menos, nenhuma ameaça de pena sem demonstração sólida da necessidade de proteção penal de um interesse humano ameaçado. Com base nestes princípios, eliminava-se do Direito Penal sobretudo a segurança do Estado, o aborto e os comportamentos sexuais; posteriormente, o corte se estenderia ao cha-

54 Esta virada é bastante clara em ROXIN, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, in: ZStW 81 (1969), 613ff.; uma proveitosa comparação com análogo desenvolvimento na Áustria pode ser buscada em STANGL, Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich 1954-1975, 1985.

55 Paradigmáticos os dois livros de bolso (também esta forma de publicação não foi casual) organizados por Jürgen BAUMANN, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1966*, e *Mißlingt die Strafrechtsreform? [Fracassa a reforma penal?]*, 1969. Interessante notar que, em 1966, a Parte Especial foi objeto de apenas um entre doze trabalhos, enquanto que, em 1969, ela foi o tema de um terço deles.

56 "Novo" aqui, naturalmente apenas em relação à etapa anterior. Não apenas no domínio penal, mas também nele, os novos tempos reportavam-se a modelos anteriores — certamente a modelos mais "corretos": aos teóricos de uma ciência penal total, de uma Filosofia cética, de uma execução penal centrada na prevenção especial e de face humana.

mado Direito Penal da bagatela⁵⁷. A teoria da justa retribuição era apontada como anacrônica e, em seu lugar, entrava um direito sancionatório voltado à prevenção especial, com novas respostas ao fenômeno da criminalidade: humanas, criativas e eficientes. Alterava-se a reflexão penal de uma ênfase no *input* para uma ênfase no *output*⁵⁸: de uma justificação do Direito Penal fundada em abstração e sistema para uma justificação pelos efeitos que possa produzir.

Isto não valia para todos os “jovens” penalistas na mesma medida, não valeu tudo de uma vez só e não valeu na pureza aqui apresentada⁵⁹. Mas serviu para dar o tom mais marcante do alinhamento e da orientação da *scientific community* do tempo. Assim, pelo menos a partir da metade da década de 60,

— fundamentações sistêmicas no discurso jurídico-penal não mais valiam como verdades inquestionáveis,

— sanções e execução penal converteram-se em objetos centrais da reflexão penal,

— uma consistente teoria da política criminal começou a desenvolver-se,

— a Criminologia e outras ciências sociais penalmente relevantes estabeleceram-se na teoria e no ensino como objeto de crescente atenção, e

— o empirismo teve acesso às fundamentações jurídico-penais.

2. Crítica do Direito penal

Não somente as ciências penais, mas particularmente elas, viram-se expostas nesses anos a fortes pressões de legitimação e mudança. Muito antes do ano “mágico” de 1968, já se anunciavam e delineavam tendências na sociedade da República Federal da Alemanha, conforme já assinalamos com relação ao Direito Penal. Estas tendências conferiram um

57 Projeto de lei contra o furto de lojas, em sintonia com o Projeto Alternativo de Código Penal, apresentado por um grupo de trabalho de professores de disciplinas penais alemãs e suíços, 1974; discutido no 51º Congresso alemão de juristas, 1976 (pareceres de NAUCKE e DEUTSCH).

58 Acerca destes conceitos e de seu objeto, LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 25ff., 58ff.; mais pormenorizado sobre o sistema do Direito Penal, meu trabalho *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze* [Sobre a consideração das consequências na interpretação da lei penal], in: *Festschr. f. Coing*, 1982, I, S. 493ff., 498ff.

59 As divergências podem ser muito bem apreciadas, inclusive nas formulações, na polêmica em torno do aborto. O AE [Projeto Alternativo] propôs aqui uma solução majoritária e outra minoritária: AE-BT, *Straftaten gegen die Person*, 1. Halbband, 1970, S. 25ff., 35ff.

novo tom às bases da chamada "Era Adenauer"⁶⁰. O sistema penal viu-se empurrado para o centro do interesse político e social, onde se apresentava sob o estigma do exercício da dominação e da imposição de sofrimento⁶¹: espontaneísta, desigual, desdenhoso do ser humano, cruel, ineficaz para a prevenção, estabilizador da dominação.

A visceral crítica do Direito Penal nos anos 60 e 70 concentrou-se principalmente em dois pontos e os fustigou impiedosamente. (Logo a seguir, tornou-se evidente quão mal preparados estavam os penalistas para este tipo de crítica, sobretudo nas salas de aula das faculdades de Direito, onde ela se manifestava da forma mais ferina; as explicações e fundamentações de que os professores lançavam mão já não impressionavam mais os estudantes críticos.) Esta crítica desmascarou seu objeto em duas direções: que o Direito Penal não podia invocar a seu favor, quer a aplicação e execução de leis genéricas, quer a produção de ordem ou justiça, ao contrário, o Direito Penal constituía-se na verdade em um instrumento clandestino a serviço de necessidades ou desejos, individuais ou sociais, de dominação ou punição.

A primeira variante da crítica formulou-se negativamente e buscou sua fundamentação em argumentações das ciências sociais e da teoria da interpretação; com isto, pretendia ela arrancar a máscara da face do sistema⁶². A segunda variante formulou-se afirmativamente e buscou sua fundamentação preferentemente em argumentações psicológicas, psicoanalíticas e analíticas; com isto pretendia mostrar a verdadeira cara do sistema⁶³.

Como quer que ela seja avaliada, esta crítica preencheu uma condição que até o momento só fora realizada em rudimentos ou fatias: ela partiu

60 H. RUDOLF, *Mehr als Stagnation und Revolte. Zur politischen Kultur der sechziger Jahre* [Mais que estagnação e revolta. Sobre a cultura política dos anos sessenta], in: BROSZAT (Hrsg.), *Zäsuren*, S. 14ff.

61 Característico deste estigma é até o presente o livro *Limits to pain* [Limites da dor] (original em norueguês e inglês, 1980/81; alemão, *Grenzen des Leids*, 1986), de Nils CHRISTIE.

62 Paradigmático para a teoria da interpretação, ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik* [Atividades do juiz. Para uma crítica da dogmática jurídica], 1973. A crítica baseada nas ciências sociais atingiu sua formulação mais radical na teoria do "labeling approach"; a propósito, Fritz SACK, *Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach* [Definição de criminalidade como atividade política: o labeling approach], in: *KrimJourn* 1972, 3ff.

63 Característicos desta modalidade de crítica os trabalhos reeditados em 1971 e 1973, de REIK, *Geständniszwang und Strafbedürfnis* [Coação à confissão e necessidade de punir]; de ALEXANDER/STAUB, *Der Verbrecher und sein Richter* [O criminoso e seu juiz]; assim como de REIWALD, *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher* [A sociedade e seus criminosos]. Paradigmático da crítica psicológico-psicoanalítica deste tempo, Arno PLACKS, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts* [Memorial pela abolição do Direito Penal], 1974.

de fora do sistema penal e daí podia abordá-lo de forma nova e diferente. (Presumivelmente, é esta circunstância que explica a irritação dos "insiders" de então, não sem alguma razão, pelo menos quanto a algumas das críticas, tacanhas e precipitadas ou levianas.) Já não mais era possível confortavelmente discutir sobre as vantagens ou desvantagens dos métodos objetivos e subjetivos de interpretação, diante da ousada tese segundo a qual nenhum método garantia uma interpretação segura, de modo que o juiz, no fim das contas, julgava por capricho e, mesmo que não quisesse, acabava exercitando uma justiça de classe. Ficou ainda sem resposta a subversiva objeção, segundo a qual a criminalidade não era um fenômeno real, mas construído e produzido pelas instâncias do controle social (policia, ministério público, tribunais penais), e mais: esta construção efetuava-se seletivamente em prejuízo dos mais fracos. Assim, a tão acalentada idéia da cura, da recuperação e da prevenção especial perdia seu brilho diante da constatação de que o criminoso não passava de um bode expiatório, sobre o qual os demais descarregavam suas culpas, para que ele as absorvesse.

Decerto não se pode afirmar que estas teses tenham encontrado acolhida nos projetos alternativos de código, mesmo considerando que eles se assentavam sobre uma crítica do Direito Penal. Também seria exagerado ver nestas teses o padrão da teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências. Elas constituem, porém, em ambas as direções, emanações do mesmo contexto empírico, marcantes expressões de seu tempo (tanto em seu conteúdo, quanto em sua forma radical de se apresentarem). Indubitavelmente, seu modo provocador impulsionou as ciências penais para a ênfase no *output*.

3. *Realidade e alcance*

Neste ponto, ainda é possível fixar os marcos mais característicos da teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências nas mesmas bases assinaladas para as ciências penais do pós-Guerra⁶⁴ e para a etapa subsequente da Dogmática abstrata⁶⁵, a saber, concentração em questões teóricas fundamentais e solidificação hermética dos enunciados. A partir da segunda metade da década de 60 os ventos começam a soprar na direção contrária: cumpria ampliar o ângulo de visão das ciências penais para abarcar a realidade penalmente relevante e considerar os conhecimentos de outras áreas que se ocupam desta realidade.

A teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências traduziu, pela primeira vez no período ora abordado, uma súbita reação das ciências penais à crítica do Direito Penal lançada de fora do sistema penal. (Algo semelhante só pôde ser visto em algumas das primeiras reações do período

⁶⁴ *Supra*, I.4.

⁶⁵ *Supra*, II.1.

do pós-Guerra aos ilícitos da era nazista — mas estas reações assentavam-se na própria tradição do Direito Penal e, em sentido estrito, não representavam reação a uma crítica ao Direito Penal.) Esta crítica obrigou as ciências penais — na medida em que elas não se fizessem de surdas — a repensar suas relações com a realidade. Estas relações eram precisamente o alvo visado pela crítica, por mais diversificados que fossem seus fundamentos e direções.

Os efeitos reais produzidos pelo sistema penal, e não sua profundidade e coerência teóricas, surgiram na metade dos anos 60 na ordem do dia. Assim, a discussão não mais se interessava pela justificação de princípios e de fins; doravante, constatações empíricas adquiriam um significado que não podia ser negligenciado. Conseqüentemente, a metodologia jusnaturalista e a concentração em questões teóricas fundamentais chegavam a seu fim. Agora, as polémicas se estabeleciam em torno da metodologia das ciências empíricas, em torno da elaboração penal da realidade penalmente relevante e, com isto, se transferiam para matérias penais até então “olhadas de cima” pela teoria penal tradicional: Criminologia, execução penal, detalhes da história do Direito Penal, aspectos do processo penal e da política criminal.

Evidentemente, a nova ordem do dia não era produto exclusivo da crítica ao Direito Penal (a crítica era uma parte das discussões em voga e não objeto de toda a discussão). Ao contrário, a temática trouxe ao primeiro plano uma modificação e um agravamento das exigências de legitimação postas frente à dominação do Estado (e da sociedade): cumpria mostrar que a dominação era “racional”, que ela não visava a si mesma mas traduzia uma função útil para os dominados⁶⁶. Para o Direito Penal isto significava:

- proteção de interesses humanos elementares ameaçados;
- intimidação das pessoas propensas ao crime; e
- recuperação do delinqüente com o menor custo para ele.

Estas eram as tarefas (e por isto também as promessas) do sistema penal. Traduzidas em abstrações penais, elas significam: proteção de bens jurídicos, prevenção geral (negativa) e ressocialização — nas confluências de uma práxis jurídica humana e guiada pela proporcionalidade.

4. Pontos principais

Os três aspectos principais dos afazeres das ciências penais a seguir expostos conciliam-se sem dificuldade com o modelo contemporâneo de

⁶⁶ Paradigmático a este respeito, HONDRICH, *Theorie der Herrschaft* [Teoria da dominação], principalmente S. 16ff., 62ff.

uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências (a - c). Também o chão onde eles germinaram apresenta particularidades instrutivas (d).

a. *Proteção de bens jurídicos*

O princípio da proteção do bem jurídico traz para a discussão — pelo menos no contexto⁶⁷ em que foi introduzido pela teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências — um pressuposto tanto crítico quanto de conteúdo para a aferição de uma correta legislação penal⁶⁸. Ele enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima, sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico. A partir deste ponto de vista, o Direito Penal manifesta-se como instrumento de controle social que só pode ser acionado para a proteção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis. Este princípio apresenta-se para a política criminal, campo onde ele mais almeja influir, tanto mais rico em conseqüências quanto mais ele consiga apontar e restringir como “bens jurídicos” penalmente relevantes somente objetos palpáveis, concretos e delimitáveis. Conceitos como “saúde popular”, “condições funcionais do mercado de capitais”, “economia popular” ou “moralidade sexual coletiva” não trazem nenhuma pitada político-criminal; eles servem para fundamentar tudo e nada ao mesmo tempo. Bens jurídicos modelares segundo o paladar do princípio em apreço são de outro calibre. Trata-se dos interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais. Bens jurídicos universais, ao contrário — principalmente quando enunciados tão vagamente como os que acabamos de mencionar —, necessitam passar pelo teste que afere se eles, em última instância, remetem-se a interesses concretos e justos de pessoas concretas⁶⁹.

67 Sobre as profundas raízes deste contexto, veja-se exposição concisa com remissões em W. HASSEMER, in: AK StGB [Comentário alternativo ao Código Penal], 1990, vor § 1 Rdnrn. 255ff.

68 Ilustrativo, AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der “Sozialschädlichkeit” des Verbrechen [Proteção de bens jurídicos e proteção da sociedade. Investigações a respeito do conteúdo e âmbito de aplicação de um princípio de Direito Penal em bases dogmático-históricas. Também uma contribuição sobre a teoria da “nocividade social” do crime], 1972; W. HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechen. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre [Teoria e Sociologia do crime. Bases para uma teoria do bem jurídico orientada para a práxis], 1973.

69 Mais pormenores a respeito em meu trabalho Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre [Linhas básicas de uma teoria pessoal do bem jurídico], in: PHILIPPS/SCHOLLER (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 85ff.

A teoria do bem jurídico como crítica ao sistema penal⁷⁰ teve seus êxitos mais notáveis em um clima político-criminal e político-social que — como ela mesma — apresentava-se adverso a uma tutela penal moralista e a uma criminalização abrangente, e mais voltado para a garantia da liberdade e da proteção do acusado⁷¹. Serve de exemplo a reforma do Direito Penal sexual, o qual, nas etapas anteriores, muito ilustrativamente, compreendia e se intitulava “crimes contra os costumes”. Cedo começou a ser formulada a indagação crítica acerca do bem jurídico legítimo de um tal Direito Penal⁷², até que, em 1968, o 47.º Congresso alemão de juristas⁷³, e em 1969, o legislador⁷⁴, extraíram as consequências práticas: Desconsideraram as ameaças de pena contra figuras como adultério, homossexualidade entre adultos, atos libidinosos com animais, induzimento à prostituição e restringiu os delitos sexuais aos dois únicos bens jurídicos aceitáveis: liberdade sexual e proteção da juventude.

Estes episódios conferiram ao Direito Penal voltado para as consequências um contorno definido no campo da criminalização: ele podia agora afirmar que sua bandeira era a proteção do ser humano — só dele e isto apenas nos limites da necessidade, da adequação e da proporcionalidade dos meios. Com o comprometimento da tutela penal com a proteção de bens jurídicos, ocorreu que, de um lado, o princípio da *ultima ratio* ganhou vida e, de outro, as portas da metodologia das ciências empíricas foram franqueadas: o Direito Penal passa a se apresentar como meio de solução de problemas sociais (proteção de bens jurídicos via

70 Como é de se esperar de uma teoria voltada para as consequências, ela cobra do sistema do Direito Penal e de seus tipos legais a legitimação dos preceitos através da invocação da proteção de algum bem jurídico e não se contenta com uma mera classificação do sistema do Direito Penal segundo um sistema de bens jurídicos desde logo acatado sem discussão, artifício que seria aceitável apenas numa teoria sistêmico-imanente. Sobre a distinção entre uma concepção crítica e uma sistêmico-imanente de bem jurídico, minha Theorie und soziologie des Verbrechenens, S. 19ff.

71 Este tipo de clima acarretou consequências análogas no Direito Penal formal. A chamada Pequena Reforma Processual Penal de 1964, que se sucedeu no contexto de um esforço de uniformização do Direito, ampliou as garantias jurisdicionais do processo penal e os poderes do acusado, enquanto a evolução posterior caracterizou-se por um esforço de celeridade e simplificação do processo penal. Breve resumo em ROXIN, Strafverfahrensrecht, 22. Aufl. (1991), § 72.

72 Herbert JÄGER, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung [Elaboração da lei penal e proteção de bens jurídicos em delitos contra os costumes. Uma pesquisa criminal-sociológica], 1957; sobre “bem jurídico e moralidade”, S. 29ff.

73 Gutachten A [Parecer A] de HANACK: Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? [Convém fixar os limites do Direito Penal sexual novamente?], 1968; sobre o princípio do bem jurídico, RdNr 29ff.

74 Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 25-6-1969 (BGBl. [Boletim legislativo federal.] I 645).

instrumentos penais), subordina, porém, o emprego de seu maquinário — porque ele magoa e fere intensivamente — a rigorosíssimos requisitos e, afinal, só entrará em campo quando nada mais adiantar.

E, quando ele entra em campo, decerto fica na necessária expectativa de êxito. Inegavelmente, as teorias do bem jurídico apresentaram-se no primeiro plano do cenário penal com prudente cautela e sobretudo munidas do aspecto de negação e crítica do Direito Penal que conferiu vigor ao princípio (“sem bem jurídico idôneo, nenhuma ameaça de pena é justificável”). Quem, porém, entra em campo usando como escudo, não importa como, a proteção de bens jurídicos, deve prever a objeção que se traduz na pergunta. A pretendida proteção será efetivamente atingida com o emprego de tais instrumentos? Por conseguinte, o conceito de bem jurídico tem um potencial de crítica ao sistema e pode, ao mesmo tempo, combinar inteligentemente a vigência de princípios consagrados com as elaborações empíricas do Direito Penal. No entanto, daqui decorrerão novos e diversificados problemas de fundamentação.

b. Prevenção por intimidação

Estes problemas decorrem fundamentalmente das esperanças em resultados benéficos produzidos pela cominação e execução de penas: esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direitos; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

Costuma-se qualificar as teorias preventivas da pena como “modernas”, embora elas tenham surgido na história da Dogmática mais de uma vez, aliás com razão, e freqüentemente revezaram-se com as opções “clássicas” de retribuição e expiação, nas discussões sobre os fins da pena⁷⁵. Também a teoria da prevenção por intimidação, na versão em que hoje consideramos aceitável, já fora formulada pelo criminalista FEUERBACH na virada do século: para que se pudesse atar o homem perverso a uma corrente, capaz de afastá-lo de sua natural inclinação para o mal, era preciso submetê-lo a uma “coação psicológica”⁷⁶, mediante uma inequívoca mensagem expressa na lei e na sua execução, de que o crime não compensa: que as sanções do Direito Penal exerçam mais influência nas conjecturas dos homens propensos à delinquência do que as esperanças nas vantagens do crime.

⁷⁵ A propósito, e sobre o que se segue, mais pormenores em minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 28, §§ 29f.

⁷⁶ A isto deve a teoria o seu nome. Pormenores em NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, principalmente S. 39ff; breve resumo em JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (1988), § 8, IV 2.

Ora, o teorema acima adequa-se sem reparos a uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências, pode mesmo converter-se na sua pedra fundamental. Assim como já fazia a teoria da proteção do bem jurídico, também a prevenção por intimidação aborda os fins da pena, direcionando o foco do Direito Penal para observações empíricas, e delas tira proveito: enquanto as concepções "clássicas", se as tomamos ao pé da letra⁷⁷, não estão absolutamente interessadas nos efeitos da pena e contentam-se com uma compensação pela ilicitude e culpabilidade da conduta do agente — pois na sua ótica os fins da pena são retribuição e castigo —, aqui se indaga dos reais efeitos da cominação e execução de penas e se sustenta que o Direito Penal:

— produz tais efeitos,

— pode regular tais efeitos através do ponderado emprego de seus instrumentos, e

— é capaz, por conseguinte, de ajustar-se funcionalmente ao sistema de controle social das condutas desviantes.

Da mesma maneira que sucedeu com o conceito de bem jurídico, delinea-se com relação ao fim da pena visto na intimidação a incessante pergunta: pode o sistema penal "efetivamente" garantir estes maravilhosos efeitos? Ou, como se opera concretamente o atingimento dos efeitos? Esta questão estabeleceu-se em toda a sua extensão na discussão dos fins da pena, foi exaustivamente debatida com mais profundidade que na discussão do bem jurídico e conduziu a formulações novas e marcantes.

A indagação acerca dos "reais" resultados da prevenção geral compeliu a teoria da pena a uma ultrapassagem semântica e sistêmica dos limites dentro dos quais até então abordara os fins da pena. Na medida em que no Direito Penal é difícil a montagem de uma situação experimental, na medida em que afirmações sem lastro sobre "os efeitos" sociais "do Direito Penal" logo viram-se expostas a intenso tiroteio, aliás mercedamente, a indagação voltou seu foco para explicações psicológicas e baseadas na teoria da comunicação. Isto é bastante compreensível, pois, onde, senão nas cabeças e nos corações dos homens, pode desenvolver-se um efeito preventivo geral resultante da pena?

77 É fora de dúvida que, mesmo as teorias "sem fins" da pena, no fundo perseguiram fins, e as teorias "clássicas", ao invocarem a seu favor a busca da justiça e da compensação pela infração, atribuíam a tais efeitos uma certa conotação empírica. Todas elas podem ser agrupadas sob o rótulo "persecução de fins através da negação de fins", conforme demonstrei em meu trabalho *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht* [Fins da pena num Direito Penal orientado para as ciências sociais], in HASSEMER/LÜDERSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* [Progressos no Direito Penal através das ciências sociais?], 1983, S. 39ff., 49ff.

Pelo menos na República Federal da Alemanha⁷⁸, a prevenção por intimidação não foi acolhida com a mesma despreocupação que caracterizara seu desenvolvimento na Escandinávia e nos Estados Unidos, mas antes com um certo receio. Afinal, esta teoria não estava imune a um terror de Estado⁷⁹ e, de mais a mais, prestava-se a justificar instrumentos repressivos mais enérgicos, circunstâncias que suscitavam grandes suspeitas de parte da avançada teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências, já firmemente instalada na doutrina e na legislação. Considerando estas condições, Bernhard HAFKKE formulou a teoria da prevenção geral de modo que se tornasse compatível com o Direito Penal voltado para as conseqüências⁸⁰. Assim, foi como que construída uma ponte entre as concepções até então correntes na discussão dos fins da pena e as novas percepções baseadas na psicologia profunda sobre a função do Direito Penal. Deste encontro, ambas ressurgem de cara nova: as construções oriundas do Direito Penal abandonam suas presunções abstratas e adotam hipóteses empiricamente verificáveis; as construções da psicologia profunda trocam suas ladainhas de sentimentalismo por enunciados objetivos acerca do que o Direito Penal é capaz e do que ele realiza.

A crítica a esta forma de prevenção geral aprofundou a discussão sobre os fins da pena e situou a proclamada orientação do Direito Penal para as conseqüências em um novo contexto, relativizando suas afirmações. Esta crítica, de um lado, questionou a função de dominação e de estabilização do Direito Penal, que esta vertente da prevenção geral encerrava, uma função estranha aos objetivos da psicologia profunda⁸¹. De outro lado, a mesma crítica reativou uma objeção ao mesmo tempo normativa e metodológica contra toda e qualquer forma de prevenção por intimidação⁸²: a intimidação como forma de prevenção atenta contra

78 Cf., em contrapartida, ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974; sobre uma rara situação criada por um experimento de prevenção geral em 1944 na Dinamarca, S. 16ff.

79 Mesmo as melhores intenções pedagógicas de dissuadir pessoas propensas ao crime somente são aceitáveis dentro dos limites de uma reação penal humana e proporcional. Esta assertiva não deriva automaticamente da teoria da prevenção por intimidação, antes deve ser a ela criticamente oposta, como uma baliza. Pode-se até mesmo demonstrar que o ethos da prevenção geral se presta a "experimentar" uma criminalização mais abrangente e o agravamento das penas no "combate à delinqüência". Todavia, prevenção geral sem as barreiras erguidas pelo Estado de Direito, pela proporcionalidade, pelas garantias do processo e do formalismo constitui terrorismo de Estado.

80 HAFKKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung* [Psicologia profunda e prevenção geral. Uma pesquisa teórico-penal], 1976.

81 Exemplar a polémica entre HAFKKE (S. 133ff.) e Herbert JÄGER (S. 47ff., 173ff.), in JÄGER (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis* [Criminologia no processo penal. Sobre o significado de conhecimentos psicológicos, sociológicos e criminológicos na práxis do Direito Penal], 1980.

82 Exposta nos artigos de NAUCKE (S. 9ff.) e HASSEMER (S. 41ff.), in HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979.

a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como:

— o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe), e

— a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).

Pois, para se ter alguma esperança com um mínimo de fundamento nos efeitos da prevenção geral, é preciso que ambas as condições estejam presentes e interdependentes. Ora, quem seria tão ingênuo de esperar tanto no Direito Penal? Quando se procura explicar por que as pessoas em geral comportam-se de conformidade com o Direito, salta aos olhos que não é por obra do Direito Penal, e sim por efeito de normas sociais e da socialização primária, desmentindo-se assim a convicção do criminalista FEUERBACH.

A teoria da prevenção por intimidação, tão plausível em suas afirmações e tão promissora nos seus efeitos como parecia à primeira vista, não foi capaz de apresentar qualquer argumentação contra a crítica normativa e não ofereceu nenhuma réplica à objeção metodológica. Ela não sobreviveu à etapa do Direito Penal voltado para as conseqüências.

c. Ressocialização⁸³

Uma verdadeira teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências teria que não apenas dedicar-se à proteção de bens jurídicos (a), mas também cuidar para que os concidadãos inclinados para o crime não atentassem contra esses bens (b). É de todo imperativo que a mão salvadora e restauradora do Direito Penal se estenda também àquele cidadão que falhou na sua conduta, com isto mostrando que tem problemas, e que portanto poderá voltar a criar problemas para a sociedade. Numa palavra, Direito Penal voltado para as conseqüências tem necessariamente que ser também um Direito Penal da recuperação e do tratamento, um Direito Penal da ressocialização.

Do mesmo modo que ocorre com a prevenção geral, também as esperanças depositadas na prevenção especial pelas teorias penais contemporâneas não são invenções destas últimas. A prevenção especial está como que ao alcance da mão. É também de se assinalar que, ao contrário

83 Utilizarei as expressões *ressocialização*, *prevenção especial* e *tratamento na execução penal* com o mesmo sentido. A distinção entre os respectivos conceitos não é relevante numa abordagem geral como a presente.

das várias teorias da prevenção por intimidação, a prevenção individual não causou muita sensação nos meios acadêmicos⁸⁴.

Desde que existe pena privativa da liberdade, existe também alguma representação ou noção de como e com que fim preencher o tempo vazio do preso, e até o presente a reintegração social concebida como fim da pena está visceralmente ligada à execução de penas privativas da liberdade⁸⁵. De alguma maneira, este fim da pena apresenta-se diante de nós como uma obviedade que não reclama justificação. Quem porém resolva aprofundar-se no seu conteúdo vai deparar com a atitude de suspeita da teoria fria e insensível. De mais a mais, quem se aventure nesta empreitada terá que contar com a hostilidade de uma concepção assentada na jurisprudência, segundo a qual a ressocialização é uma emanção do direito fundamental à dignidade humana⁸⁶ previsto na Constituição, e por fim defrontar-se com a realidade de certos campos do Direito Penal "moderno" intensamente permeados do ideal ressocializador (no plano teórico), como o Direito Penal da juventude⁸⁷ e das drogas⁸⁸. Aqui sem dúvida situam-se as razões pelas quais a ascensão e queda da idéia da ressocialização procede com certa lentidão.

Todavia, apesar da roupagem suave e discreta da teoria da ressocialização, ela não escapa a justas críticas.

Elas começam pela indagação⁸⁹ sobre o que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme ao Direito (ou só conforme ao Direito Penal?), uma "conversão" também interna, uma "cura", um consentimento (?) com as normas sociais/jurídicas/penais (?) de nossa sociedade? A resposta ainda está pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de recuperação, a rigor, se justifica. No mais tardar no momento da escolha de seus instrumentos, o programa já deve ter uma noção exata dos fins pretendidos. Ademais, considerando a incerteza reinante quanto aos objetivos de uma ressocialização, não faz

84 Texto representativo: CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat* [Teoria da pena no Estado de Direito democrático e social], 1974, principalmente S. 97ff; ESER, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges* [Ressocialização na crise? Reflexões sobre o fim de socialização da execução penal], in: *Festschr. f. Peters*, 1974, S. 505ff; KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist* [Ressocialização e espírito da época], in: *Festschr. f. Würtenberger*, 1977, S. 359ff.

85 Em um local proeminente (§ 2, primeira frase), proclama a Lei de Execução Penal de 18-3-1978: "No decurso da execução da pena, deve o preso tornar-se capaz de conduzir uma vida futura com responsabilidade social e sem atos puníveis (fim da execução)."

86 BVerfGE 35, 202 ("Caso Lebach", sentença da Corte Constitucional da Alemanha).

87 §§ 3ff., 9ff. JGG [Lei dos tribunais da juventude].

88 §§ 35ff. BtMG [Lei dos estupefacientes].

89 MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen, Sanktionensystems*, 1979, principalmente S. 52ff., 107ff.

evidentemente nenhum sentido prosseguir na discussão sobre os reais efeitos da ressocialização e do tratamento, fica difícil até formular perguntas. Aqui há um perigo: enquanto apenas se especula sobre esses efeitos e continuamente se lança mão do surrado argumento "nada funciona"⁹⁰, a idéia da ressocialização se transforma em moeda de troca de qualquer política de segurança pública e da respectiva ideologia. Na Escandinávia, nos Estados Unidos, menos espetacularmente também entre nós, ela primeiro se apresenta como panacéia, um verdadeiro salvo-conduto para a solução de todos os problemas da criminalidade e, pouco depois, converte-se no charlatão, que subtraiu dos presos e da sociedade tempo de vida e dinheiro.

No cerne da idéia de ressocialização entrecruzam-se perguntas críticas⁹¹ sobre a medida de pressão que ela é capaz de tolerar. Estas perguntas representam um perigo a sua sobrevivência, porque investem contra o maior capital político-criminal da idéia de recuperação, que é sua "humanidade": "Recuperar em vez de punir" — uma antiga palavra de ordem que atormentou incessantemente (com algum êxito) as teorias penais clássicas e fez a ideologia da recuperação parecer progressista e sem concorrentes — perde agora muito de seu brilho inicial, depois que demonstra que "recuperação" na execução penal é outra coisa que um convalescimento no hospital.

Como meio utilizado pelo Direito Penal e em íntima ligação com a execução penal, a ressocialização⁹² constitui uma atividade compulsória para o paciente, um tratamento imposto, uma tentativa de arrebatar o preso não apenas no corpo mas também na alma e mais: almeja exorcizar⁹³ seu estilo de vida e seus modelos de comportamento específicos da classe baixa a que pertence. Se a tudo isto se acrescenta que respeitáveis representantes da idéia da ressocialização⁹⁴ acabam propugnando a pena de duração incerta (porque o término da pena deve ser calculado em sintonia com as teorias da socialização, com base no concreto êxito da recuperação, e não com base no abstrato princípio da proporcionalidade),

90 P.-A. ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, 1977, § 6 II, com demonstração.

91 Ilustrativo, P.-A. ALBRECHT, *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen* [Prevenção especial e novos grupos de infratores], *ZStW* 1985, 830ff.; W. HASSEMER, *Resozialisierung und Rechtsstaat* [Ressocialização e Estado de Direito], *KrimJourn* 1982, 161ff.

92 Alguns eliminam o prefixo "re", para exprimir que os indivíduos que compõem sua clientela devem ser socializados pela primeira vez na vida - no que revelam uma concepção particular de socialização, normativamente disfarçada, e exibem uma arrogância frente a outros modos de vida.

93 Neste sentido, SCHELLHOSS, *Rehabilitation, Resozialisierung*, in: KAISER/KERNER/SACK/SCELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* [Pequeno dicionário criminológico], 2. Aufl. (1985), S. 359ff., com exemplos.

94 Exemplos em JESCHECK, AT, § 8 V 4.

de duvidosa constitucionalidade, e se, por fim, se lança o olhar sobre todo o panorama que se descortina sob o pano de fundo da incerta eficácia da recuperação na execução penal, então não fica difícil compreender por que razão a ideologia da recuperação não atravessou imune a era do Direito Penal voltado para as conseqüências.

Nesse meio tempo, as vozes favoráveis tornaram-se mais tímidas. "Tratamento" não é mais apresentado ofensivamente, como fim genérico ou único da pena privativa da liberdade, mas apenas como uma medida adicional da execução, que além do mais deve ser diferenciada, segundo os diversos tipos de presos e de momentos da execução. Atualmente, o conceito de tratamento inspira-se mais em concepções de apoio ao preso que de intervenção no seu comportamento. Assim, a idéia de ressocialização passa a reivindicar, pelo menos, que a dessocialização provocada pela vida no cárcere seja reduzida ao mínimo possível⁹⁵. É óbvio que não se pode esperar a médio prazo que propostas humanizadoras e objetivamente inatacáveis, tais como tipos de tratamento em liberdade ou "terapias emancipadoras"⁹⁶, encontrem na doutrina, na práxis e na política legislativa a necessária maioria para que sejam implementadas. O Direito Penal ainda se acha muito impregnado de uma certa "raiva do carcereiro". Se, porém, a idéia de ressocialização abrir mão definitivamente de suas pretensões de querer reinar com exclusividade na teoria e práxis da execução penal e de querer melhorar o mundo na pessoa do preso, ela ainda pode render bons frutos. Ela poderá, por exemplo, tornar-se mais sensível à dor da privação da liberdade, trazer algumas mitigações para o decurso da execução e contribuir para uma paulatina abolição da pena privativa de liberdade⁹⁷. Assim, um instrumento concebido ou fomentado pela ideologia da recuperação poderá afinal, astutamente, sair vencido ou pelo menos enfraquecido por esta mesma ideologia: a privação da liberdade como pena criminal.

d. Ciências sociais, execução penal e ensino jurídico

Proteção de bens jurídicos, prevenção por intimidação e ressocialização são apenas centros de gravidade de uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências. Eles não compreendem todos os temas de que esta teoria se ocupou, mas sobressaem do conjunto da produção científica, que os sustentou e nutriu. Um quadro fidedigno da teoria do Direito Penal para as conseqüências requer que se dirija a atenção também aos sinais distintivos menos espetaculares desta etapa.

⁹⁵ Paradigmático SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen* [Política criminal para gente], 1991, S. 189ff. u.ö.

⁹⁶ Paradigmático HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in: LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), *Seminar Abweichendes Verhalten III* 2, S. 291ff.

⁹⁷ Ilustrativo, LÜDERSSEN, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe* [Gradativa substituição da pena privativa de liberdade], in: HASSNER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 83ff.

O conteúdo dos referidos pontos principais resultou sobretudo do alargamento do foco jurídico-penal para as ciências apoiadas na observação da realidade⁹⁸. É certo que, desde longa data, questionamentos e resultados produzidos pela Medicina, Psicologia e ciências afins não eram estranhos às cogitações do Direito Penal, sobretudo na práxis. Pense-se por exemplo nos institutos da imputabilidade no Direito material e na fidelidade dos depoimentos no Direito processual. No entanto, o Direito Penal voltado para as conseqüências abordou estas questões de um novo ângulo, não mais como ciências auxiliares ou inferiores.

Este novo ângulo é abreviadamente (não sem alguma polémica a respeito) denominado de "absorção das ciências sociais no Direito Penal"⁹⁹. Ele contém mais do que o nome indica¹⁰⁰.

A determinação do Direito Penal de usar as ciências para ele relevantes não mais como ciências "auxiliares", mas para deixar-se instruir por elas, não tinha por objetivo apenas absorver o estranho harmonicamente, e sim de modificar criticamente o próprio. Conhecimentos e métodos estranhos deveriam ser alçados à posição de colaborar na reformulação das questões fundamentais acerca do objeto, do fim e da justificação do Direito Penal, em vez de simplesmente responderem aos quesitos que lhes eram previamente formulados pelo Direito Penal. Os conhecimentos de outras áreas não mais deveriam, por exemplo, preencher de recheio científico a rede dogmática tecida pelo Direito Penal sobre a aptidão para a culpabilidade (§§ 20, 21 StGB), e sim participar na confecção da rede mesma, opinando sobre como ela deve ser e no que vai dar no futuro¹⁰¹. Afinal, uma teoria que se diz orientada para as conseqüências não terá êxito por meio de uma observação distante dos efeitos produzidos pelo sistema penal; ela pressupõe um entrelaçamento da realidade com seu processamento teórico. Se este resultado ocorre, deve-se contar como certo que o processo de aprendizado deixará suas marcas e o próprio objeto de estudo não terá o mesmo aspecto de antes.

98 A isto já se aludiu *supra* III.3.

99 Prova disso são dois trabalhos de NAUCKE: *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften* [Sobre a relevância jurídica das ciências sociais], 1972, e *Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts* [A filosofia social do Direito Penal voltado para as ciências sociais], in: HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte?*, S. 1ff.

100 Representativos os seminários publicados em quatro volumes por LÜDERSSEN e SACK: *Abweichendes Verhalten, 1975 - 1980* (Temas: As normas seletivas da sociedade. A reação social à criminalidade: produção de leis penais e dogmática penal; processo penal e execução penal. Política criminal e Direito Penal), assim como os dois volumes *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* [Sobre as vantagens e desvantagens das ciências sociais para o Direito Penal], 1980.

101 Exposição em SCHILD, in: AK StGB [Comentário alternativo ao Código Penal], 1980, § 20 Rdnrn. 1ff., 50ff.

"Absorção das ciências sociais"¹⁰² não significava portanto um simples remendo de conhecimentos e questionamentos estranhos no sistema do Direito Penal. Mais do que isto, significava uma reestruturação do sistema mediante novos critérios de racionalidade e correção, de relevância e de justificação: uma práxis bem sucedida e uma ciência do Direito Penal de boa qualidade não mais poderiam ser aferidas unicamente com teorias concludentes e em princípio bem elaboradas, nem com suas respectivas projeções em "casos" abstratos e assépticos. Era preciso muito mais: que o foco de observação se estendesse por toda a amplitude do sistema e dos efeitos que ele produzia, por causalidades e ações recíprocas, por molduras normativas e condições efetivas de transformação e aprimoramento. Sob a bandeira das "ciências sociais" navegavam todos os elementos que reclamavam ou prometiam uma reforma do sistema do Direito Penal de fora para dentro.

Isto não era pouco e nem apresentava homogeneidade. Tampouco era novidade, a se julgar pelo projeto. Tudo aquilo que a idéia de uma "ciência total do Direito Penal" não conseguira produzir na era da Dogmática abstrata¹⁰³ veio a calhar apropriadamente na teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências: a condução exitosa de uma idéia, sob a qual se agruparam todos os esforços e tendências, que tinham como denominador comum a desqualificação da Dogmática penal à posição de uma atividade esotérica. A idéia era venerada e, ao mesmo tempo, vaga o suficiente para reunir por longo tempo as mais heterogêneas formulações e aspirações frente ao sistema do Direito Penal¹⁰⁴. Ela serviu neste período como um vigoroso grito de guerra contra um Direito Penal tapado¹⁰⁵.

O solo sobre o qual por primeiro germinaram as idéias centrais da proteção de bens jurídicos, da prevenção por intimidação e da ressocialização só se torna melhor conhecido desde que se aborde com mais precisão os dois campos que os penalistas contemporâneos consideraram mais significativos e sobre os quais atuaram com mais insistência, de modo

102 Para se verificar que a expressão "ciências sociais" alcança inclusive a Psicologia individual, conhecer quais os campos e temas se oferecem para uma reflexão no seu âmbito e estremar os seus confins, veja-se, com farta fundamentação, meu trabalho *Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht* [Aplicação do Direito Penal orientada pelas ciências sociais], in: W. HASSEMER (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, 1984, S. 1ff.

103 *Supra*, II.2.

104 O colorido do feixe "ciência total do Direito Penal" pode ser visto em: BARATTA, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft*, ZStW 1980, 107ff.; LANGE, *Neue Wege zu einer Gesamten Strafrechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Jescheck*, 1985, S. 53ff.; MAIHORFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Henkel*, 1974, S. 75ff.

105 Este emprego da idéia não a desmerece necessariamente: a visão de Franz von Liszt, segundo a qual a práxis e a ciência do Direito Penal se uniriam numa base mais ampla, apareceu mais sedutora do que nunca aos olhos dos pensadores da época em apreço, como logo se demonstrará sob o nº IV, *infra*.

a convertê-los em marcos decisivos desta etapa. Refiro-me aos campos do ensino jurídico e da execução penal.

Execução penal e ensino jurídico constituíam, na fase do Direito Penal voltado para as conseqüências, os campos sobre os quais os requisitos e os efeitos de um Direito correto e de uma boa implementação do Direito apresentavam-se mais visíveis e palpáveis. Na execução mostram-se os efeitos do Direito Penal — da ameaça de pena, passando pela sentença condenatória, até as realidades da pena — em forma concentrada, projetam-se e exibem-se os sofrimentos que o Direito Penal inflige; no seu estudo deveria, necessariamente, ser possível a exata aferição dos efeitos recuperadores sobre os quais se assenta este tipo de tutela penal. No ensino jurídico são traçados os fundamentos da práxis jurídica dos futuros bacharéis, delibera-se em boa parte o peso relativo das matérias ministradas e definem-se com exatidão as lutas ideológicas em torno do “bom jurista” e da “correta ciência do Direito”.

Daí, não causa nenhuma surpresa que, justamente no ensino jurídico e na execução penal, o Direito Penal e a sociedade de uma época se encontram osmoticamente. Em ambos os campos, os professores de disciplinas gerais certamente não lavraram sozinhos, mas colheram para si; em ambos os campos moldaram-se as feições de uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências com rara clareza.

No campo da execução penal, os penalistas se defrontaram sobretudo com o Direito Constitucional¹⁰⁶, que destroçou-lhes a figura da “relação jurídicas¹⁰⁸”, que compreenderam também o Direito Penal e, nas etapas seu socorro, para justificar e encobrir comodamente as violações de direitos específicas da execução penal. No campo do ensino jurídico, os penalistas envolveram-se com potentes reivindicações de mudanças sociais e jurídica¹⁰⁶, que compreenderam também o Direito Penal e, nas etapas sucessivas, conduziram a diversas reformas legislativas¹⁰⁹. O interesse geral por reformas jurídicas documentou-se com enorme ressonância no 48.º

106 Elaborado para aplicação no Direito Penal sobretudo por MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform* [Legislação da execução penal e reforma da execução penal], 1970, e por SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre* [Execução penal em transição. Estudos sobre a teoria jurídica da execução penal], 1969.

107 BVerGE 33,1 [Decisão da Corte Constitucional Federal].

108 Paradigmático, LOCCUMER ARBEITSKREIS (Hrsg.), *Neue Juristenausbildung* [Novo ensino jurídico], 1970.

109 Inventário, análise e valoração em GIEHRING/SCHUMANN, *Die Zukunft der Sozialwissenschaften in der Ausbildung im Straf- und Strafverfahrensrecht - Erfahrung versus Programmatik* [O futuro das ciências sociais no ensino do Direito e processo penal - experiência versus programas], in: HASSEMER/HOFFMANN-RIEM/LIMBACH (Hrsg.), *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition* [Ensino jurídico entre experimentação e tradição], 1986, S. 65ff.

Congresso Alemão de Juristas, em 1970 que debateu exatamente a execução penal e o ensino jurídico. Em ambos os campos, o legislador acabou acolhendo e convertendo em lei algumas das demandas centrais da época: para o ensino jurídico, estabeleceu, entre outras reformas, a chamada "Experimentierklausel", substituindo o currículo até então disposto em duas fases por um programa de fase única, compreendendo, a uma só vez, a práxis e as ciências sociais nas aulas dos cursos jurídicos¹¹⁰; para a execução penal, adotou, entre outras medidas, o princípio da jurisdicionalização da situação do preso¹¹¹.

Os paralelos entre a execução penal e o ensino jurídico são surpreendentemente numerosos, não apenas no procedimento como também nos eventos, e marcaram indelevelmente a fase do Direito Penal voltado para as conseqüências: em ambos os campos ergueu-se como centro do interesse não princípios ou sistemas abstratos, mas a realidade penalmente relevante. Em ambos os casos, tratava-se de encontrar opções políticas e não apenas teóricas. Os reformadores insistiram na ampliação do foco de observação científica e na resoluta absorção das conseqüências da decisão na elaboração da decisão. Com isto, a etapa do pensamento jurídico voltado para as conseqüências gravou sinais duradouros, capazes de preservar e legar sua mensagem.

IV. *Direito Penal funcional*

Se se tomam os sinais pelas coisas que possam significar, é forçoso reconhecer que a continuidade da teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências não tem muitas chances de prosperar. No próprio campo da execução penal o horizonte atualmente não é animador: importantes projetos de reforma continuam pendentes, apesar de sua implementação ser insistentemente cobrada¹¹²; ao mesmo tempo, são implantadas "contra-reformas" que, com razão, são apontadas como retrocessos¹¹³. No setor do ensino jurídico, o legislador retrocedeu logo a seguir de introduzir reformas, chegando mesmo a extinguir a "Experimentierklausel" repentinamente¹¹⁴. O que sobrou do Direito Penal voltado para as conseqüências?

1. *Questões fundamentais*

Uma apreciação de fatos que nos estão próximos no tempo e no espaço reclama muita cautela. No máximo, seria possível traçar apenas

110 Alteração no § 5b DRiG [Lei da magistratura alemã] pela Lei de 10-9-1971, BGBl. I, 1557.

111 Strafvollzugsgesetz [Lei de execução penal] v. 16-3-1976, BGBl. I, 581.

112 CALLIESS/MULLER-DIETZ, Komm. StVollzG, 5. Aufl. (1991), Einl. Rdnr. 45.

113 SCHULER-SPRINGORUM, Tatschuld im Strafvollzug [Fato reprovável na execução penal], in: SCHOLLER/PHILIPPS (Hrsg.), Funktionalismus, S. 63ff.

114 3ª Lei de alteração da DRiG [Lei da magistratura], de 25-7-1984, BGBl. I, 995.

algumas linhas básicas¹¹⁵. Estas linhas correm paralelas no sentido de uma funcionalização e modernização do Direito Penal, de uma paulatina perda de importância da produção científica para a produção da política e da práxis do Direito Penal, e de uma erosão dos tradicionais princípios do Direito Penal.

O Direito Penal voltado para as conseqüências realizou eficientemente o interesse na produção de efeitos desejáveis e na evitação de efeitos indesejáveis, implementou com êxito seus sinais distintivos: "realidade" e "alcance"¹¹⁶. Diante desta situação, é inevitável a evocação — ainda que vaga — de uma "dialética do moderno"¹¹⁷, no sentido de que esses interesses e esses sinais distintivos se autonomizaram, passaram a ter vida própria e conduziram o Direito Penal a uma fronteira, na qual os objetivos originários de um sistema penal voltado para as conseqüências inevitavelmente desvirtuam-se. Com o seu mergulho na realidade e a sua orientação para as próprias conseqüências, o sistema penal rachou as estruturas do Direito Penal voltado para as conseqüências e abandonou no trajeto os princípios consolidados pela teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências. O sistema penal atual se apresenta acima de tudo como um instrumento efetivo da política interna ou de segurança pública, rejeita sumariamente a indagação crítica sobre sua aptidão instrumental e desvencilha-se pouco a pouco dos grilhões representados pelos princípios. Estes grilhões, tradicionalmente e com boas razões, desempenhavam a tarefa de manter o sistema penal no seu lugar, ajustado ao conjunto dos instrumentos políticos disponíveis para o controle de conflitos¹¹⁸. Senão, vejamos:

115 O que se segue no texto foi por mim exposto com mais pormenores em: *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* [Direito Penal simbólico e proteção de bens jurídicos], in: *NSZ* 1989, 553ff.; *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* [Linhas básicas de uma teoria do bem jurídico pessoal], in: *SCHOLLER/PHILLIPPS* (Hrsg.) S. 85ff.; *AlternativKomm. z. StGB* [Comentário alternativo ao Código Penal], Vorbem. Rdnrn. 465ff., 480ff.; *Sozialtechnologie und Moral. Symbole und Rechtsgüter* [Tecnologia social e Moral. Símbolos e bens jurídicos], in: *JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN* (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, S. 329ff. Similar no essencial e nos resultados, *F. HERZOG*, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich* [Insegurança social e prontidão penal. Estudos sobre o deslocamento da tutela penal para o setor dos delitos de perigo], 1991; *PRITT-WITZ*, *Funktionalisierung des Strafrechts* [Funcionalização do Direito Penal], in: *Strafverteidiger* 1991, 435ff.; *MÜLLER-DIETZ*, *Die geistige Situation*, in: *GA* 1992, 124ff.

116 *Supra*, III.3, 4.

117 *HORKHEIMER/ADORNO*, *Dialektik der Aufklärung* [Dialética do iluminismo], 1968.

118 Esta linha será retomada *infra*, IV.4.

2. *Questões exemplares*

a. *Tendências*

Desde as reformas legislativas penais ocorridas na primeira metade dos anos setenta (através da 2.^a Lei da reforma do Direito Penal e da Lei de Introdução ao Código Penal¹¹⁹), as quais se concentraram na Parte Geral, sobretudo no tema das sanções penais, nossa política criminal passou a mover-se, com crescente preponderância, na Parte Especial do Código e no Direito Penal especial, não codificado. E aí, não se vê senão uma febril criminalização: novos tipos penais e agravamento das cominações penais confirmam o quadro. Discriminalização e aprimoramento da Parte Geral, digamos, no terreno das penas e medidas de segurança, não mais constam da ordem do dia. O quadro de endurecimento e restrições fica completo com a política de reforma legislativa empreendida no processo penal, que aponta no rumo da abreviação, redução, simplificação e remoção de óbices formais a uma pronta resposta penal.

A ilação de que aqui se está diante de uma “sede de punir” já seria anacrônica. Pelo contrário, o que está atuando é nada mais que a herança do Direito Penal voltado para as conseqüências. Isto se torna evidente quando se decompõe os bastidores destas tendências em suas singularidades.

b. *Áreas de interesse e instrumentos*

As áreas sobre as quais se delinea a política criminal do Direito Penal material e os instrumentos dos quais ela preponderantemente se serve são bastante esclarecedores.

Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas — sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública; sobre elas aponta-se uma “necessidade de providências”; nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas, preferencialmente, surgem, à luz do dia, os problemas de controle desta sociedade: são áreas “modernas”, e delas se encarrega o atual Direito Penal. Nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal¹²⁰ é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada

119 2.StrRG v. 4-7-1969, BGBl. I, 717; EGStGB v. 2. 3. 1974, BGBl. I, 469.

120 Arthur KAUFMANN, Subsidiarität und Strafrecht, in: Festschrift für Henkel, 1974, S. 38ff.

vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas ¹²¹.

Os instrumentos de controle amplamente providos pelo Direito Penal são considerados adequados para emprego indiscriminado nestas áreas. Já não se trata mais da proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade de nossa política externa. A eles correspondem os tipos de delitos em que o moderno Direito Penal se realiza. Nos crimes de perigo abstrato, não se indaga de uma ameaça concreta, muito menos de um dano ao bem jurídico protegido; para fazer nascer a pretensão punitiva, basta a prática de uma conduta considerada tipicamente perigosa, segundo a avaliação do legislador. Este tipo de Direito Penal não tem nenhum núcleo delimitado, a idéia da punição à ofensa de bens jurídicos individuais há muito se desfez. O novo Direito Penal derrama-se sobre todos os campos em que nossa vida se tornou "moderna" e arriscada. Porém, é curioso também notar que a tendência moderna de penas mais brandas não está presente na criminalização abrangente e flexível dos modernos tipos penais. Aqui, o legislador predispõe-se ao endurecimento e à intimidação, como por exemplo no "combate" à "criminalidade organizada", na disciplina penal do comércio exterior e de armas bélicas, ou no Direito Penal ambiental.

O processo penal moderno segue de perto estas mesmas tendências. Dois de seus campos particularmente salientes oferecem-se para confirmar a caracterização de um Direito Penal funcional. Refiro-me ao "Deal" ou acordo no processo penal ¹²² e ao agravamento de medidas coercitivas processuais nos casos da "criminalidade organizada" ¹²³. No primeiro, as

121 Assim é que, nestes dias, abril de 1992, ouve-se por toda a parte a curiosa idéia de se instituir uma obrigação eleitoral, cuja violação seria punida com pena pecuniária. É que, nas recentes eleições para cargos estaduais em Baden-Württemberg e em Schleswig-Holstein, o índice de participação foi muito baixo. Ao mesmo tempo, três atletas de Neubrandenburg adquirem força em sua campanha de se criminalizar o doping.

122 DENCKER/HAMM, Der Vergleich im Strafprozeß [A conciliação no processo penal], 1988; SCHÜNEMANN, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Gutachten zum 58. DJT [Acordos no processo penal? Fundamentos, objeto e limites. Pareceres do 58º Congresso Alemão de Juristas], 1990; discussões adicionais na "Strafverteidiger" Sonderheft [edição especial da revista "Advogado de Defesa"], 1990, dedicada ao mesmo Congresso.

123 Visão geral e crítica em W. HASSEMER, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität [Considerações sobre o projeto de lei para a repressão do comércio ilegal de estupefacientes e de outras formas de manifestação da criminalidade organizada], in: Kritische Justiz, 1992, 64ff.; com mais pormenores, WOLTER, in: Systematischer Komm. zur StPo und zum GVG, 1990, Vorbem. § 151 Rdnrn. 81ff.

estruturas do processo penal são flexibilizadas, no segundo os instrumentos de investigação são afiadados e fortalecidos, mas o resultado produzido é o mesmo em ambos os casos: um processo capaz de adaptar-se ao “espírito de segurança pública” destes tempos.

c. Acordos no processo penal

“Acordo” ou também “conciliação” no processo penal são eufemismos que presumivelmente designam a reação do processo penal à sua saturação. Esta saturação deve ser creditada à específica hipertrofia do Direito Penal material, pelo que também ela é um problema “moderno”. Não é por mera coincidência que precisamente as matérias penais “modernas” — ambiente, drogas e sistema econômico — são apontadas pela doutrina como os campos mais apropriados para a realização de acordo ou conciliação¹²⁴. No estado atual, ainda não é possível prever qual dentre as formas de conciliação indicadas pela acirrada discussão doutrinária irá prevalecer e impregnar o processo penal do futuro. Ainda assim, já é possível avistar onde esta viagem vai dar e quais os traumas político-legislativos ficarão pelo caminho¹²⁵.

Os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos têm uma penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais: publicidade das audiências (porque a conciliação requer decência e discrição); juiz natural (porque a proposta de se introduzir a participação de juízes leigos também nas audiências de julgamento é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do Direito Penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos “Partners” para o acordo); princípio inquisitório (porque o “grande achado” do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque só faz sentido participar de uma conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesmo tratado com mais rigor).

d. Agravamento das medidas coercitivas de investigação

É impressionante também o arsenal dos métodos de investigação com os quais a prática do Direito Penal pretende enfrentar a criminalidade: investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas, operações arrastão em bancos de dados e buscas por meios

124 DENCKER/HAMM, S. 12; SCHÜNEMANN, S. 18f.

125 Pormenores em meu artigo, *Pacta sunt servanda* — auch im Strafprozess? [também no processo penal?], in: JuS 1989, 890ff.

eletrônicos, emprego clandestino de aparelhos visuais e auditivos até mesmo no recesso do lar, gentecnologia, processamento de dados ostensivos e "preventivo", utilização de anotações íntimas em criminalidade grave. Eis aí a razão pela qual os avanços político-criminais causam inquietações não apenas aos professores: a distinção entre medidas coercitivas policiais e processuais penais, fundamental para a tutela jurídica do cidadão, se desvanece em face do crescente medo da criminalidade e das agressivas exigências de prevenção; cada vez mais pessoas não envolvidas na criminalidade caem nas redes da investigação; os irrecusáveis limites que a noção de "suspeito" ou indiciado de um ato punível estabelecem para a restrição de direitos no interesse da investigação são constantemente ultrapassados ou simplesmente desaparecem em medidas como as investigações de bastidores ou de combate "preventivo" à criminalidade; os direitos humanos fundamentais — a começar por emanções da dignidade humana e dos direitos da personalidade, como o já consagrado direito ao controle sobre o uso dos dados pessoais, chegando até ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio — não são capazes de deter a avalanche da atividade policial "razoável"; com a desculpa do combate ao crime, o Estado investigador invade a privacidade e a alma das pessoas e, no trajeto, perde a presunção de credibilidade. A moda atual não é a jurisdicionalização do processo penal¹²⁶, mas sim sua aptidão para um efetivo combate à criminalidade. Não custa lembrar que as advertências contra a degradação das garantias processuais são de ontem, no duplo sentido da palavra.

3. O papel das ciências penais

a. Teoria e práxis

O presente trabalho trata do desenvolvimento das ciências penais e não da práxis jurídico-penal. Não obstante, é notável que a práxis tem exercido um papel determinante na elaboração do Direito Penal funcional desta fase, por razões que se extraem do próprio contexto: as ciências penais participaram cautelosa e marginalmente nos novos avanços e tendências noticiados neste capítulo. A desvinculação do interesse científico penal de seu ambiente político-criminal reedita hoje, pelo menos nos resultados, as condições vividas na fase da Dogmática abstrata e acadêmica¹²⁷. Decerto ainda prossegue uma reflexão séria em torno da teoria do Direito Penal voltado para as consequências, mas não se vê nenhuma observação teórica da práxis, e muito menos uma reconstrução crítica

¹²⁶ Este conceito pode ser encontrado, entre outros, em Eb. SCHMIDT, Lehrkomm. zur StPO und zum GVG I, 2. Aufl. (1964), Rdnrn. 20ff.: "Administração da justiça em forma jurisdicional, dirigida à verdade e à justiça, significa a satisfação das tarefas do Estado no campo da tutela penal" — conforme salientado conclusivamente na Rdnr. 20.

¹²⁷ *Supra*, II, especialmente II.4.

da práxis. Ou seja, a práxis se desenrola segundo suas próprias leis e o resultado só pode ser um: o Direito Penal funcional.

Com estas ressalvas, as contribuições mais notáveis e objetivamente discerníveis das ciências penais para a elaboração de um Direito Penal funcional comportam-se dentro de três campos claramente delimitáveis, a saber, a Dogmática penal, as teorias da pena e a Política criminal.

b. Dogmática penal

Esquemáticamente, pode-se bem traçar a diferença entre o Direito Penal do século XIX e o do final do século XX na abordagem dos problemas da causalidade e da imputabilidade. Num exame superficial (já? apenas?) evidencia-se que, enquanto o Direito Penal outrora se ocupava de problemas do tipo Caio envia Tício à floresta na iminência de uma tempestade, na esperança de que este último seja fulminado por um raio¹²⁸, atualmente tem que se defrontar com problemas do calibre de uma causação de danos decorrente de uma decisão por escassa maioria do conselho fiscal de uma SA, ou de uma organização desastrosa de uma equipe cirúrgica: a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidades.

Dai, certamente não é por mera coincidência que as mais atuais investigações, com altas pretensões científicas, confessadamente elegem como seu objeto a teoria da responsabilidade objetiva e geralmente não se acañham em apresentar-se como contribuições para o progresso de um Direito Penal funcional¹²⁹. Este seria portanto o tipo de uma resposta adequada das ciências penais às palpáveis modificações da realidade penalmente relevante: diversificação dos instrumentos dogmáticos e aumento da capacidade sistêmica de lidar com complexidades.

c. Teorias penais

No tocante às teorias penais, isto é, às atividades científicas que se ocupam com os fins da pena estatal, é possível isolar dois pontos incontroversos: que estas teorias ocupam o centro do interesse teórico e que esta afirmação só vale para uma metade, e não para a outra.

Se o Direito Penal, funcional, ocupa seu lugar entre os instrumentos de solução de conflitos, adaptado e ajustado aos demais fins políticos;

128 Exemplo frequentemente usado, conforme aponta ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1992, § 11 Rdnr. 36, remetendo-se a WELZEL. No mesmo local (Rdnrn. 36ff.), um panorama sobre as mais recentes teorias da imputabilidade.

129 Paradigmáticos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung* [Responsabilidade objetiva e pessoal de conduta, perigo e lesão], 1981; U. NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden". Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung* [Responsabilidade e "culpabilidade prévia". Estudos preliminares sobre um modelo dialógico de responsabilidade penal], 1985; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* [Comportamento penalmente típico e responsabilização pelo resultado], 1988.

se sua produção científica atual se dedica a produzir setores funcionais ao sistema e a eliminar as disfunções, então, tudo isto só faz sentido em estrita conformidade com as funções do sistema e dos respectivos subsistemas relevantes. De outra forma não pode ser, pois somente as funções do sistema podem assegurar a funcionalidade do conjunto e oferecer os critérios do que seja adaptado e do que seja inadaptado, do que reproduza e do que perturbe o sistema.

Deste modo, a tradicional concepção do Direito Penal, que (ainda?) desconhece a diferença entre "função" e "fim"¹³⁰, chega à temática dos fins da pena. Cumpre a estes, reformulados na linguagem da teoria do Direito Penal funcional, fornecer indicações sobre os objetivos do subsistema Direito Penal. De plano fica claro que, dos fins da pena até o presente cogitados, só há interesse por dois (intimidação e reintegração), ficando os outros dois (retribuição e expiação) negligenciados. Somente a prevenção, traduzida na aspiração de uma situação futura e factual possível, pode converter-se em fim de uma preocupação funcional; nesta não há lugar para a reparação pela ilicitude e pela culpabilidade, baseadas numa compensação normativa e voltada a fatos pretéritos¹³¹. De mais a mais, é imperativo que se estabeleça uma vinculação entre os fins da pena subsistêmicos e outras funções sistêmicas mais elevadas: o Direito Penal compreende-se aqui como um instrumento funcional, isto é, como parte de um todo maior, do qual ele extrai suas estruturas de relevância e os critérios de avaliação para o atingimento de seus objetivos.

Decerto não se pode sustentar que o Direito Penal funcional tenha cumprido integralmente seu programa teórico ao realizar os fins da pena. Todavia, duas poderosas correntes atuais eliminam quaisquer dúvidas sobre a direção final almejada: a teoria funcional da culpa e a teoria da prevenção integrativa.

A atual teoria da culpa integra-se às concepções funcionais que ganham terreno. Com esta característica, ela se articula com os fins preventivos da pena¹³². Ela é funcional, na medida em que se orienta para os fins da pena e, portanto, na medida em que extrai a semântica de "culpabilidade" a partir dos fins da pena. Esta culpabilidade avança sobre a dosimetria da pena, momento em que, na prática e na teoria, concorre

130 Esclarecedor, SACK, Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie — Probleme und offene Fragen [As chances de cooperação entre as ciências penais e a Criminologia — problemas e questões abertas], in: LÜDERSEN/SACK, Seminar: Abweichendes Verhalten II 1, S. 360ff.

131 Para mais pormenores e fundamentos sobre esta distinção entre teorias penais absolutas e relativas, veja-se minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* [Introdução aos fundamentos do Direito Penal], § 28.

132 Com grandes discrepâncias, tanto em aspectos básicos quanto em detalhes: ROXIN, "Schuld" und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien ["Culpa" e responsabilidade como categorias sistêmicas do Direito Penal], in: *Festschrift für Henkel*, 1974, S. 171ff.; JAKOBS, Schuld und Prävention, 1976;

(Continua)

na imposição da sanção e na produção da decisão. Assim, o significado atual de "culpa" (e também de "desculpa"), segundo a concepção ora exposta, depende substancialmente dos modelos e possibilidades de prevenção individual e geral. Trata-se, portanto, da adequação funcional do conceito de culpa às chances de atuação preventiva; da remoção de disfunções sistêmicas resultantes da culpabilidade e da pena; da rearticulação sistêmica destes conceitos.

Ainda que não se possa traçar um parentesco próximo entre a teoria da culpa e a teoria da prevenção, quer no plano histórico-dogmático ou no sociológico, é forçoso admitir que as concepções de uma prevenção integrativa não passam de um prolongamento das teorias funcionais da culpa com outros meios.

Estas teorias¹³³ aprenderam a seguinte lição da crítica à prevenção por intimidação¹³⁴. Nada se sabe faticamente sobre os efeitos de um Direito Penal que se baseia na intimidação, razão pela qual um tal Direito Penal não é normativamente tolerável. Ou seja, as arestas foram polidas, lixadas e desgastadas, enquanto as engrenagens mecanicistas se afrouxaram. A partir de então, o Direito Penal não deve apenas intimidar as pessoas propensas à prática de crimes através da previsão abstrata de penas e de sua aplicação àquele que seja colhido em suas malhas, mas sim, já pela sua mera existência atuante, reafirmar eficazmente frente a todos nós os mandamentos e proibições fundamentais que ele encerra. Com isto se consegue — ao lado da neutralização de toda trincheira metodológica — que a "funcionalização" produza seus efeitos não apenas frente ao delinqüente singular, mas se estenda sobre o sistema penal em sua totalidade. A tutela penal adquire, por assim dizer, uma fachada mais empresarial do que policial; as esperanças de real efetividade tornam-se tão vagas e fundamentais, que fica difícil refutá-las. Por fim, o ajuste funcional do Direito Penal aos demais mecanismos de controle social é definitivamente alcançado também no plano teórico, por via dos fins da pena.

(Continuação da nota 132)

SCHÜNEMANN, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht [A função do princípio da culpabilidade no Direito Penal da prevenção], in: o mesmo (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153ff.; abordagens críticas: STRATENWERTH, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 20ff.; W. HASSEMER, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze [Sobre a consideração dos efeitos na interpretação da lei penal], in: Festschrift für Coling I, 1982, S. 506f., 522f.

133 No mesmo sentido, mas com notáveis diferenças, ênfases e pormenores (e na maior parte sob a denominação de "prevenção geral positiva"): JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl. (1991), I 1ff.; MÜLLER-DIETZ, Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 813ff.; GIEHRING, Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, in: KrimJourn 1987, 2ff.

134 *Supra* III.4.b.

d. Política criminal

Dispensa demonstração o fato de que cogitações sobre qual seja a correta política criminal pertencem ao núcleo das preocupações de um Direito Penal funcional. Afinal, que mais pode significar “função”, senão a política do controle de condutas criminosas mediante instrumentos do Direito Penal? E não obstante tudo isto, as reflexões teóricas sobre a política criminal do Direito Penal funcional se encontram, na melhar das hipóteses, no seu início. E nunca se pode ter uma certeza absoluta de que as poucas investigações já realizadas cheguem a algum lugar. A diagnose, segundo a qual a práxis da política criminal está divorciada de sua teoria, retrata apenas um eufemismo. A práxis nesta área simplesmente nunca deu a menor importância a qualquer teoria (o que, de resto, não implica em um juízo de censura em relação à práxis).

Todas as contribuições teóricas que podem ser atribuídas à política criminal do Direito Penal funcional¹³⁵ levam em conta — com maior ou menor explicitude — os de processos de modernização e o funcionamento de complexidade no mundo moderno. Por isso mesmo, as referidas contribuições gravitam em torno de termos semânticos tais como “perigo” (em vez de “dano”), “risco” (em vez de “ofensa a um bem jurídico”), ou mesmo “segurança” (em vez de “distribuição de justiça”). Elas se nutrem de nossas experiências cotidianas, de inseguranças e temores em escala concreta e global, da vida marcada cada vez mais por estruturas entrelaçadas. E, no entanto, elas se permitem invocar em seu favor interpretações teóricas da modernidade, que de alguma forma se inspiraram nas mesmas experiências¹³⁶.

É de cristalina evidência que esta moldura é grande demais para o equipamento tradicional do Direito Penal. Ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais. Vejamos qual é o equipamento tornado obsoleto:

135 Com grandes variações em pontos básicos e também em detalhes, SCHUNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte* [Modernas tendências da dogmática dos crimes culposos e de perigo], in: JA 1975, 435ff., 511ff., 575ff., 647ff., 715ff., 787ff.; KRATZSCH, *Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung* [Gerenciamento de comportamentos e organização em Direito Penal. Bases para a reforma do conceito de ilicitude penal e das regras de aplicação da lei penal], 1985; KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und Konkreten Gefährdungsdelikte* [A situação perigosa como ilícito penal. Reflexões jurídico-teóricas sobre a dogmática dos crimes de perigo abstrato e concreto], 1989; um resumo e considerações críticas em F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit usw.*, I Teil, S. 1ff.

136 BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* [Sociedade do risco. A caminho de uma nova modernidade], 1986; LUHMANN, *Risiko und Gefahr*, 1990.

— os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito Penal assim “modernizado”, são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre “funções”, sobre “grandes perturbações do sistema”, conjuntos de múltiplos riscos);

— os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato);

— os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir);

— o princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões);

— é preciso repensar o princípio do *in dubio pro reo* (um Direito Penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras);

— diferenciações normativas tais como tentativa/consumação, autoria/participação, dolo/culpa tornam-se incômodas, se não até mesmo contraproducentes para um Direito Penal moderno (porque na luta contra a criminalidade moderna torna-se necessária a utilização de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim).

4. *Questões abertas e tarefas postas*

Difícilmente se contestará o fato de que o Direito Penal funcional levou a orientação do Direito Penal para as conseqüências, às suas últimas conseqüências, por assim dizer: a ligação do Direito Penal com sua realidade¹³⁷ tornou-se tão íntima, que se pode mesmo falar de uma união funcional entre os dois. O campo de atuação da política criminal¹³⁸ tornou-se quase ilimitado, o interesse na causação de efeitos¹³⁹ praticamente suplantou todos os outros interesses.

Não obstante (e em razão disto) o Direito Penal funcional despedaçou a *ratio* original da orientação para as conseqüências¹⁴⁰. Esta *ratio* era adequada no seu devido tempo: ela nasceu como contraponto a uma Dogmática abstrata, que não conseguia ver sequer os arredores do Direito Penal¹⁴¹, estreitava a reflexão teórica¹⁴² e praticava uma política criminal desprovida de qualquer base empírica¹⁴³.

137 *Supra* III.3.

138 *Supra* III.1.

139 *Supra* III.4.

140 Veja logo *acima* IV.1.

141 *Supra* II.1.

142 *Supra* II.3.

143 *Supra* II.4.

O princípio da proteção dos bens jurídicos ¹⁴⁴, por exemplo, significou uma coisa para o enfoque voltado para as conseqüências e outra para o enfoque funcional. Originariamente, ele era formulado crítica e negativamente, como obstáculo à criminalização: a conduta que não ofende um bem jurídico é imprestável para converter-se em tipo penal. O princípio em apreço perde a sua *ratio* quando passa a ser utilizado como fundamento para a criminalização: todo bem jurídico merece proteção penal. De forma análoga, o princípio se articula com a idéia da orientação para as conseqüências. Numa tutela penal outrora orientada para a realização da justiça, esta idéia atuava como instrumento limitador, bastante diferente da função que lhe está reservada como princípio dominante da cominação e imposição de penas no Direito Penal funcional. E por fim, a abordagem do Direito Penal voltada para as conseqüências — diversamente da abordagem funcional — encontrava nas garantias do Estado de Direito o seu fundamento, e não um obstáculo.

O futuro do Direito Penal funcional está aberto, não se avistam por enquanto novas abordagens. Abertas encontram-se também algumas questões, sobre as quais convém refletir, a fim de se certificar de algum possível desdobramento desejável.

Deve ficar fora de dúvida que o Direito Penal necessita manter seus laços com as mudanças sociais. Ele precisa ter respostas prontas para as perguntas de hoje e não pode sempre retroceder a um purismo de ontem, perdendo-se em problemas sobre norma e violação de norma. Ele precisa continuar desenvolvendo-se em contato com sua realidade. A questão decisiva porém será de quanto de sua tradição o Direito Penal deverá abrir mão a fim de manter esse contato. Esta questão será afinal decidida politicamente, o que significa, no que nos diz respeito, sem influência significativa das ciências penais. Ainda assim, as ciências penais têm a chance (e a tarefa) de produzir ou desenvolver alguns *topoi* mínimos, sem cuja observância uma decisão política não deveria ser legitimamente adotada.

Entre estas bases mínimas inclui-se com destaque a difusão da atitude de ver as garantias penais e processuais penais do Estado de Direito não como relíquias de um formalismo ultrapassado e sim como requisitos de legitimação do Direito Penal ¹⁴⁵. Penas sem responsabilidade individual, cominações de penas sem um bem jurídico palpável, conseqüências penais sem um padrão de proporcionalidade normativo e condenações sem autênticos direitos do condenado são vedadas em qualquer Direito Penal, independentemente das exigências da modernização.

144 *Supra* II.4.a.

145 Abordei estas questões mais detidamente em minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* [Introdução aos fundamentos do Direito Penal], § 30 II.

O sistema do Direito Penal precisa evitar equívocos e empulhações na teoria e na prática. O Direito Penal moderno é afeiçoado a colher os frutos da fachada empírica sem querer arcar com os custos respectivos: quer ser instrumento de efetiva solução de problemas, mas não admite ser questionado em sua eficiência. Em presença do maciço e notório “déficit de execução” que se observa nos campos mais modernos do Direito Penal, como drogas, sistema econômico e ecologia, resta sempre o perigo de uma eficiência puramente aparente e portanto simbólica. É dever das ciências penais observar e apontar *se* e *onde* a moderna política criminal ainda é praticada para tutelar sólidos bens jurídicos, em vez de apenas difundir simbolicamente a promessa de eficácia.

Por fim, é dever das ciências penais refletir sobre alternativas ao Direito Penal. Não é de maneira alguma pacífico — aliás, não é nem sequer discutido abertamente — que os problemas de uma sociedade moderna poderiam ser eliminados pelo Direito Penal, nem mesmo se ele se ajustasse às exigências da mudança social do modo aqui exposto. É certo que o Direito Penal tradicional continuará sempre tendo do que se ocupar: com roubo, corrupção, estupro. Aqui, não vejo ensejo para se falar em “modernização”. Neste campo nuclear do Direito Penal, é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os direitos fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados. Refiro-me, uma vez mais, à responsabilidade individual, à proporcionalidade da sanção e às garantias processuais.

Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno”: na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal; sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo meticuloso — mas, então, também, sem a imposição de penas criminais*.

* *Algumas publicações de Winfried Hassemer traduzidas para o espanhol ou o português: Fundamentos del Derecho Penal, trad. e notas de Muñoz Conde e Arrayo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, 428 p.; Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, em co-autoria com Muñoz Conde, Valencia (Esp.), Tirant lo Blanch, 1989, 237 p.; El Destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “eficaz”, trad. de Muñoz Conde, revista Estudios penales y criminológicos XV, Universidad de Santiago de Compostela (Esp.), pp. 183-198; O sistema do Direito e a codificação: A vinculação do juiz à lei, in: Estudios de Direito brasileiro e alemão, Col. Direito comparado I, Porto Alegre, 1985, pp. 189-209; La persecución penal: legalidad y oportunidad, in: Lecciones y ensayos, Facultad de Derecho y ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, pp. 13-21 e também in: Hacia una nueva justicia penal, Buenos Aires, 1989, pp. 29-38; ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, in: Ciencias penales, año 2, nº 3, San José (Costa Rica), 1990, pp. 2-9.*

Aspectos do Discurso Jurídico-Penal (Material e Formal) e sua Ilegitimidade

SÉRGIO LUIZ SOUZA ARAÚJO

Professor Assistente de Direito Processual
Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

“Prestai auxílio, vós que sois prestativos e bem intencionados, a esta única obra — afastar do mundo o conceito de castigo, que se alastrou sufocando o mundo inteiro! Não há pior erva daninha! Não somente o colocaram nas conseqüências de nossas maneiras de agir — e como já é apavorante e contrário à razão entender causa e efeito como causa e castigo! —, mas foram mais longe, e despojaram a pura contingência do acontecer de sua inocência, com essa infame arte de interpretação do conceito de castigo. Sim, levaram tão longe o desatino, a ponto de mandar sentir a própria existência como castigo — é como se as fantasias de carceceiros e verdugos tivessem guiado, até agora, a educação do gênero humano.”

FRIEDRICH NIETZSCHE in: *Aurora*. São Paulo. Nova Cultural, 1987, p. 117.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Considerações preliminares.* 3. *O princípio da legalidade penal e sua falsidade.* 4. *O papel do saber jurídico.* 5. *Reflexão sobre o mecanismo do sistema jurídico-penal.* 6. *O inquérito policial no quadro da ilegitimidade.* 7. *Conclusões.* 8. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

O estudo sobre a perda de legitimidade dos sistemas penais tem sido ignorado, ou mesmo tratado com pouca profundidade na literatura jurídica nacional.

O tema reveste-se de grande importância em face da crescente criminalidade na sociedade brasileira, sem uma correspondente preocupação dos juristas em analisar as condições sociais, mas tão-somente reforçar a necessidade do rigor das leis, apesar de serem estas, manifestamente inoperantes para conter a violência que o crime produz.

É nesta perspectiva que o nosso trabalho centra-se numa visão crítica, de modo a permitir que todos possamos avaliar conscientemente a realidade que nos circunda, e na qual estamos inseridos, para que o saber penal possa exercer seu papel criador e transformador da realidade.

O Brasil está em crise. Vivemos um sério impasse em face da realidade perversa da qual resulta índices cada vez maiores de criminalidade.

O trabalho tem em mira detectar as amarras e contradições na nossa sociedade e na legislação penal (material e formal), que a regula; e, mais que percebê-las, contém a proposta de um novo saber jurídico-penal que permita ao jurista abandonar sua posição exegeta e transformar-se num homem de luta. Objetiva-se demonstrar que os sistemas penais tais como concebidos, em sua estrutura e funcionamento, oprimem e deseducam o ser humano. Urge a construção de uma nova ordem social baseada na não-violência, com vistas a concretização da plenitude humana. É neste âmbito que se impõe ao jurista a conscientização de sua responsabilidade social e uma postura ética.

O trabalho sistematiza, sinteticamente, as discussões a respeito da deslegitimação dos sistemas penais, tendo em mira contribuir para a discussão visando principalmente novos estudos sobre esta atualíssima temática e, conseqüentemente, a edificação de uma nova sociedade com perspectiva de progresso para melhor.

2. *Considerações preliminares*

A sociedade brasileira em sua maioria é formada por seres famintos e carentes em todos os níveis. Carentes de afeto, segurança, liberdade e justiça. Este quadro desolador gera o ser ressentido e consciente de suas limitações. Os indivíduos não têm esperança de um futuro melhor. O ressentimento é um sentimento confuso de ódio, inveja e impotência do ser humano, que por todos os lados se vê cercado. Quando a esperança

fica bloqueada surge a revolta que gera a criminalidade. Por ser ressentido, o homem perde a dimensão da história; passa a viver do passado, pois o amanhã não é mais um real possível.

É desta realidade humana que se constitui a sociedade brasileira. Ela gera e cria seres ressentidos que são postos na marginalidade — distantes da riqueza social — e, daí, caem na criminalidade.

O ser rebelde e revoltado que chega ao momento crítico e extremo do ato delituoso bota sua vida a prêmio, porque para ele esta sociedade não tem saída.

O criminoso de hoje é a criança carente de ontem. É a criança que se sentiu estrangeira no seu país por viver a síndrome do desamparo. Na verdade, os criminosos de hoje são, em boa parte, as vítimas de uma sociedade perversa.

Está se formando no Brasil de hoje um grande contingente de revoltados e isto não deveria ser um caso de polícia e sim de justiça tal como expus anteriormente: “A Justiça assegurada na Constituição não se refere a minorias, ou grupos financeiros, nem sindicais ou econômicos de qualquer natureza. É Justiça para todo o povo brasileiro a quem é assegurado o bem-estar e o desenvolvimento”¹.

Um clamor por justiça — diz ARTUR RIBEIRO NETO — “Este é o princípio básico do comportamento e do imaginário político do país. Quanto mais pobre e menos instruídos são os indivíduos, mais intensa é a reivindicação de uma reparação. A idéia de justiça da maioria da população brasileira, contudo, está dissociada da lei e do direito positivo. Justiça significa apenas menos miséria”².

É por isto que entendo ser muito ilusório resolver ou tentar resolver o problema da criminalidade com a polícia. Não seria fora de propósito transcrever aqui o discurso realista de JOSÉ CIRILO DE VARGAS: “No imenso painel de miséria, de crianças abandonadas pela sorte (os futuros “clientes” daquelas salas de “pau-de-arara”, de choque elétrico, de afogamento, de palmatórias e de outras pequeninas coisas que “encorajam” o cidadão a falar), de pais que trabalham e não conseguem comprar o alimento do filho, dos desempregados e dos desafortunados em geral”³. É um quadro triste. Com efeito, a práxis policial a cada dia nos escandaliza e surpreende: “Parece inacreditável, mas no Brasil de hoje,

1 ARAUJO, Sérgio Luiz Souza. *Dos preâmbulos nas Constituições*. Belo Horizonte, FDUFG, 1989, p. 56.

2 NETO, Artur Ribeiro. “Para eleitor, justiça significa menos miséria”. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24-9-89, p. B. 8.

3 VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, FDUFG, 1991, p. 285.

depois dos avanços notáveis que obtivemos no campo dos direitos humanos, ainda persistem focos de violência e tortura praticadas pela polícia, quer quando exercendo atividade de segurança, prevenindo uma possível alteração da ordem jurídica, quer quando apurando crimes e, sobretudo, quando se trata de obter confissões dos indiciados durante a feitura de inquéritos policiais. (...) Olhando o que nos circunda, percebemos, lamentavelmente, a dicotomia entre a realidade jurídica e a realidade social. Aquilo que é proclamado solenemente no Diploma Superior, é negado pela ação dos policiais. Isso frustra, desilude e desgasta a Lei Maior. Todos os dias, nos jornais, na televisão e pelo conhecimento dos fatos comuns do cotidiano defrontamo-nos com a violência exibida pela polícia nas ruas e nas Delegacias, como se fosse expediente rotineiro⁴.

A sociedade política tal como encontra-se estruturada, procurando exercer controle das condutas humanas com base no medo e na violência, inibe qualquer projeto progressista de ordem social.

A liberdade é preocupar-se com o outro e não ser indiferente. É preciso reconhecer que tanto a vítima como o criminoso são duas construções sociais. Hoje sofro, amanhã, faço sofrer o outro. Ou, no dizer de ESTEVAM PINTO: "O sangue pede sangue; a dor pede dor" ainda é o estribilho corrente quando nos insurgimos contra os atos criminosos⁵.

Não se pode esperar viver uma vida jurídica real e eficaz vitimizandoo e criminalizando as pessoas por serem carentes e condenadas à pobreza, pois para desmascarar qualquer eufemismo, cumpre reconhecer que o abandono, a miséria e a carência é que acabam sendo o crime.

Esta é a crise da nossa sociedade e, portanto, não é problema de polícia e nem mesmo de política. O outro pólo do poder social, a minoria dos privilegiados, é que tem condições de reverter esse quadro.

As necessidades da pessoa humana têm de ser transformadas em direitos. Não me refiro à constatação e proclamação desses direitos nos textos legais, mas na sua efetiva eficácia na realidade da vida. Não se trata de criar esperanças ilusórias com a lei, abstrata e genérica, o que se torna "letra morta", e permite o crescimento dessa realidade tão perversa.

4 ARAUJO, Sérgio Luiz Souza. *A nova, a velha: a polícia de sempre*. Belo Horizonte, Fatos da Justiça, 1º de maio de 1991, p. 8.

5 PINTO, Estevam. *Da ação penal privada no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, f. 530, julho de 1944, pp. 4-5.

3. O princípio da legalidade penal e sua falsidade

Em geral, lecionam os autores que cometido um crime, este opera a ruptura na ordem social, pois "o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária"⁶.

Com o crime manifesta-se concretamente o direito de punir considerado um dos aspectos mais evidentes da soberania estatal. Daí a afirmação categórica de HÉLIO TORNAGHI: "Todo crime deve ser punido"⁷.

A tal assertiva, porém, os autores logo esclarecem: "Em cediço entendimento, a doutrina processual penal tem enfatizado que o direito de punir do Estado se vê limitado, em princípio, pelo tradicionalizado mote *nullum crimen nulla poena sine lege*, por não se realizar automaticamente, é de coação indireta, ou seja, a norma penal sancionadora da infração praticada pelo delinqüente só pode ser aplicada por órgãos do Poder Público no exercício da jurisdição criminal — *nulla poena sine iudicio*"⁸.

O processualista paulista refere-se, portanto, ao princípio da legalidade tanto penal como processual penal, sobre o qual, nas sociedades contemporâneas, assenta-se o discurso jurídico-penal.

O princípio da legalidade exige que o Estado só possa punir dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade. Os órgãos da Justiça Criminal passam a exercer seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis, observando-se, evidentemente, as garantias e regras estatuídas na legislação constitucional e infraconstitucional.

Assim, concebido o sistema repressivo ao crime, e de acordo com ele, temos uma sociedade submetida a um natural temor da autoridade estatal. O que não se pode negar é que esta disciplina faz parte do aparelho psicológico do Estado, que atua em nível consciente e talvez de forma mais acentuada em nível inconsciente. É o poder com base nas ameaças de punição. Isto não significa, entretanto, desmerecer o papel do poder na sociedade e sua íntima relação com o direito, pois "Le pouvoir est une condition de l'ordre et la liberté n'est pas possible que dans l'ordre"⁹.

6 NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1981, p. 3.

7 TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 29.

8 TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 41.

9 MARITAIN, Jacques. "Démocratie et autorité". In *Le Pouvoir. Annuaire de l'Institut International de Philosophie*. Paris, 1957, p. 32.

O Poder é o meio que facilita a atividade da sociedade, pois estabelece uma ordem e formula as regras da convivência social. Mas, neste assunto, não se pode olvidar a lição de LÉON DUGUIT. Segundo ele, o fato do jurista ser levado a constatar que o direito moderno, isto é, o direito positivo moderno repousa-se sobre a força e o poder do Estado, isto não significa que fora dessa ordem positiva não se possa conceber nenhuma espécie de preceito ideal regendo os povos, os governantes e os indivíduos... mantendo o princípio da autoridade e o poder de comando; é preciso, na magistral lição do publicista francês, reservar a parte da moral ao lado e acima do direito efetivo. Mais adiante vou desenvolver melhor estas idéias ao tratar da ética no discurso penal. Por ora, convém penetrar ainda mais no raciocínio de DUGUIT, pois é com toda a sua convicção que ele diz que quanto mais envelhece, mais afirma energeticamente que o direito existe como regra imperativa, acima e independentemente do Estado, que a regra do direito é uma criação espontânea do meio social. É interessante transcrever as suas palavras: "...si la règle de droit est une création arbitraire de l'État, son étude ne vaut pas une minute d'effort, que si l'on oppose la morale sociale au droit, on crée une règle morale sans force et un droit sans valeur morale..."¹⁰

O poder tem a função de promover a sociedade em direção ao bem comum e é nesta perspectiva que o direito penal cria exaustivamente um conjunto de condutas criminosas e as sanciona uma por uma. Praticamente não existe conduta que não seja objeto de norma incriminadora quer nos referimos ao Código Penal de 1940, ou à legislação extravagante.

Entretanto, seria ingenuidade pensar que o princípio da legalidade penal exista efetivamente. A legalidade não é respeitada em sua operacionalidade social.

Aquilo que o poder estatal programa legislativamente como hipóteses criminalizantes está muito longe de encontrar capacidade operativa. Se todos os furtos, extorsões, roubos, todos os abortos, todas as fraudes, estelionatos, todas as falsidades, todos os subornos, todos os homicídios, lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria nenhum indivíduo que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

Seria um absurdo pretender que todos os crimes fossem apurados e seus autores castigados. Seria uma catástrofe social. Todavia, isto revela o verdadeiro lado do problema. Em face da inoperância de se efetivar o direito penal na realidade da vida, fica evidente que o sistema político o concebe de molde a não funcionar; e, sim, para que o sistema penal

¹⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, A.L.F.E., 1928, T. II, p. 103.

atue em altíssimo grau de arbitrariedade, selecionando e atingindo os pobres, negros, . . . os setores mais vulneráveis da nossa sociedade.

Poderia objetar-se que meu raciocínio não é coerente em face do que ocorre atualmente no País no que tange à apuração das fraudes contra o sistema previdenciário e seus "ilustres" indiciados. Ora, não se pode perder de vista que tais procedimentos e processos têm o condor de consolidar o aparelho psicológico da repressão a que já me referi. A falsidade do discurso jurídico-penal reside, portanto, em mostrar um poder através de uma inesgotável capitulação de tipos penais, mas que só se exercita de forma ínfima e eventualíssima. E, como já dito, contra os setores carentes da sociedade. É contra estes que se realiza e incrementa-se o poder repressivo. *O sistema opera, assim, quando e contra quem decidir, apesar da lei ter sido feita para todos* ("Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza . . ." — Art. 5.º da Constituição Federal).

A igualdade a que se refere a lei deveria ter como preocupação fundamental as injustiças das desigualdades sociais, como bem se expressou FRANCISCO AYALA: "A igualdade é condição inescusável da democracia: o princípio da igualdade perante a lei tem por fundamento de justiça a hipótese de uma igualdade material entre os cidadãos. Quando esta não existe, a mera igualdade de trato jurídico se traduz em resultados iníquos. Sem um certo grau de igualdade material, e sobretudo econômico — pois o econômico é de natureza social, implica relação e não pode ser levado em conta numa consideração estrita do indivíduo isolado — é impossível que haja liberdade política, é impossível que exista democracia autêntica"¹¹.

4. O papel do saber jurídico

É compreensível que o âmbito em que estou tratando da ilegitimidade do sistema penal, receba a crítica dos juristas positivistas, segundo os quais os conteúdos do direito são tarefas que se reservam à política, cabendo ao jurista uma tarefa técnica de interpretação. É o posicionamento, por exemplo, de FRANÇOIS LUCHAIRE: "Saber e apreciar se o Estado se orienta no verdadeiro caminho é uma responsabilidade afeta ao político. A responsabilidade do jurista é outra. Este não tem responsabilidade política. O jurista só pode se opor a uma ação política através de uma norma jurídica correta e rigorosamente interpretada"¹².

11 AYALA, Francisco. Apud SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e democracia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 150.

12 LUCHAIRE, François. "De la méthode en droit constitutionnel." *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Paris (2): 275-329, mars./abr. 1981, p. 267.

Já o exímio penalista JOSÉ CIRILO DE VARGAS, parece-me ser consagrador da onipotência legislativa: "Num Estado de Direito, não há lugar para um Judiciário "justiceiro". A justiça e a injustiça têm sua sede no Parlamento. O máximo que pode acontecer é o órgão judicial acertar ou errar na aplicação da lei"¹³. Penso que nesta abordagem do ilustre Professor, justificar-se-ia plenamente, a atitude dos algozes na Alemanha nazista: "Não me importa se o que faço é ético ou não. Não sou eu quem decide isso e, sim, a instância que sanciona a lei. Eu me limito a cumprir o que a lei ordena." Esta foi certamente uma resposta freqüente em Nuremberg, ironiza EUGENIO ZAFFARONI¹⁴.

Ora, em face da perversidade do sistema penal, baseado em falácias da realidade operacional, como podemos aceitar que o jurista se limite a uma função técnica? O jurista tem de interpretar textos legais incorporando dados da realidade, pois toda lei sempre aspira a regulamentar uma realidade. "Não podemos absolutamente ser *apolíticos*, no sentido de ignorantes e indiferentes ao coeficiente de politicidade que existe nas leis que contribuimos a atuar. Não devemos ficar à margem da evolução da sociedade nesta segunda metade do Século XX, numa rígida visão estática do direito. Importa menos a tendência política e ideológica de cada um; importa mais que cada qual busque uma interpretação e atuação dos textos legais de uma forma que ponha o direito ao lado das aspirações da sociedade, porque a ninguém é lícito impor a esta soluções contrárias às suas aspirações e a lei que contrariar as suas tendências constitui-se em fator de desgaste do próprio direito e das instituições e órgãos responsáveis pela sua atuação"¹⁵.

A teoria do direito não é algo desvinculado da realidade; mantém com ela uma conexão de sentidos, que envolve um conjunto de valores. O direito está nos fenômenos concretos por onde se exterioriza a vida jurídica, ou nas palavras de insigne magistrado: "A lei, seja a substancial ou a processual, tem hoje um conteúdo e significado que não são os que tinha no passado e o nosso trabalho de intérpretes é o de buscar através da observação dos fenômenos sociais o âmago desse conteúdo e desse significado na atualidade, atribuindo à norma a sua verdadeira dimensão, a dimensão que ela teria se a sociedade fosse chamada no momento presente a enunciá-la"¹⁶.

Como o direito nasce do fato, é inegável a sua dimensão política. Não há como deixar de tomar consciência dos graves problemas da

13 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 365.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro, Revan, 1991, p. 83.

15 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 252.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 251.

sociedade de nosso tempo. A realidade é escandalosa. Quantas são as mortes culposas pelo trânsito com total indiferença da Justiça? Indiferença que se dá também pelos abortos e pelas mortes de inanição; morte direta nas prisões. Ademais não se pode ocultar também a corrupção, morte dos próprios integrantes do aparelho policial, extorsões. Estas são as verdades com as quais sofremos todos os dias. Não é sem motivo que o *Jornal do Brasil* afirmou: "A polícia e o bandido, em tanto se parecem, em tanto se igualam e se assemelham, que não se sabe mais qual é um e qual é o outro"¹⁷.

Como reverter este quadro pernicioso que deslegitima o sistema penal? "Engana-se quem estiver pensando que a elaboração de um novo processo penal pautado em princípios constitucionais claramente democráticos poderá, por si só, resolver ou mesmo deter, de um lado, a violência dos aparelhos repressivos do Estado e, de outro, a crescente criminalidade de nossos dias. A ineficácia, neste particular, do próprio Direito Penal é manifesta e, de há muito, já vem sendo demonstrada pelos autores mais críticos da moderna criminologia. (...) *Sem uma atuação séria e profunda no campo social atacando as causas que primeiro atingem a própria dignidade do homem, não se vão alcançar ponderáveis avanços no aperfeiçoamento da estrutura política e jurídica de nosso País*", alertou com sabedoria o brilhante processualista AFRÂNIO SILVA JARDIM¹⁸.

Penso assim, que só poderemos compreender o delito a partir do conhecimento da realidade que nos circunda e na qual estamos inseridos.

A desigualdade jurídica no campo penal é evidente. Impõe-se, portanto, necessariamente, que o discurso penal tenha uma dimensão ética, sob pena de perder qualquer referência filosófica. É nesta ordem de idéias que se situa o cristalino magistério da eminente jusfilósofa ELZA MARIA MIRANDA AFONSO: "Entendemos que a Ciência do Direito — enquanto conhecimento — não pode ser reduzida a uma atividade meramente descritiva, mas que é uma atividade crítica, pois todo conhecimento implica em um processo de reflexão crítica. A Ciência do Direito tem de submeter o seu objeto a essa reflexão crítica e, tendo por objeto normas jurídicas plenas de conteúdos valorativos, para não fragmentá-lo, tem de estender o seu exame crítico ao conteúdo das normas jurídicas. (...) Tendo por objeto normas jurídicas criadas pelo homem e destinadas a reger a sociedade humana, a Ciência do Direito, sendo conhecimento, portanto, atividade humana, não pode manter-se alheia aos valores da vida humana. Assumindo uma posição crítica, a Ciência do Direito não correrá o risco de submergir ao subjetivismo, pois a refe-

17 *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 19-4-1991, p. 8.

18 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 448 (grifos nossos).

rência dos conteúdos valorativos do direito tem de ser a vida humana, a dignidade ética do homem, razão e fim de todo direito"¹⁹.

Não hesito em afirmar que o sistema penal vigente, calcado em modelos formais e abstratos, não é legítimo na solução dos conflitos. O Estado, de acordo com a teoria contratualista desenvolvida no Século XVIII, apropria-se do direito da vítima e torna-se monopolizador da administração da justiça, sem que se tenha, até hoje, encontrado um fundamento racional para a pena no campo penal. A pena carece de racionalidade. Conforme sejam as óticas em que se analisa este problema, é que originam as múltiplas teorias de direito penal. É um direito estagnado, em função mesmo da sua errante peregrinação filosófica. A pena significa apenas manifestação de poder e nada mais. Pena não é meio idôneo para a solução de conflitos. Este fenômeno tem que ser analisado numa perspectiva multidisciplinar, devendo o saber penal afastar-se do dogmatismo para aliar-se aos demais saberes sociais, tais como a Sociologia, a Psicologia, a Antropologia, a História, como também à Filosofia e à Ética. É nesta direção que passaremos do jurista exegeta, que se move no domínio da pura lógica para o jurista político, o homem de luta, a serviço da pessoa humana, propugnando pelo fim da violência em todos os níveis.

Em geral dizem que os operadores do Poder Judiciário devem ser apolíticos, são adestrados para o não-exercício do poder. Já contestamos em linhas anteriores esta tese, pois ela está imbuída de uma flagrante incoerência, de vez que não há poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder.

5. *Reflexão sobre o mecanismo do sistema jurídico-penal*

O Direito Penal estabelece um conjunto de normas abstratas cujo escopo é a tutela dos valores fundamentais da vida em comunidade. Ao proceder desta forma, entretanto, nada mais faz do que criar relações teóricas, totalmente afastadas da realidade. O Direito Penal não fala da infração penal acontecida em tal dia, num determinado lugar, às tantas horas, por fulano de tal, vitimando ciclano. As suas normas são como que hipóteses suspensas ante a espera de um possível acontecer.

Este sistema jurídico precisa ser complementado por um outro conjunto de normas que venha a estabelecer a forma e o modo de se proceder a apuração da infração penal. Referimo-nos ao Direito Processual Penal que tem por finalidade regular a atuação jurisdicional do Estado em

¹⁹ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, FDUFMG, 1984, p. 296.

relação aos litígios de caráter penal. É este Direito que tem caráter realizador e representa a legítima possibilidade de atuação do Direito Penal, que sozinho, isolado, não tem nenhuma eficácia. Tal é a concepção dominante num Estado de Direito Democrático, pois é evidente que, segundo a concepção jurídica e o sistema político adotado em determinado Estado, o Direito Processual Penal seria perfeitamente desnecessário. Não é impossível, neste sentido, a existência de um Direito Penal material sem as formalidades e garantias do Direito Processual Penal.

Num Estado Democrático cujos valores supremos são o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, torna-se evidente que não se admite o direito de punir do Estado de forma automática e auto-executável. Não se pode infligir pena a ninguém sem um anterior processo regular e legal. É a garantia do *due process of law* que galgou os textos constitucionais das sociedades que pretendem avançar. Em face dessa conquista do liberalismo político o *jus puniendi* encontra-se coarctado em sua auto-executoriedade.

Esta íntima ligação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal não significa, contudo, que este seja um ramo subalterno e inferior ao direito material. Goza de incontestável autonomia científica, de vez que possui institutos, normas e princípios especiais e particulares. A rigor, o Direito Processual Penal não tem nenhum ponto de contato com o Direito Penal no plano científico, pois este tem a ver com o ato delitivo, enquanto aquele tem por objeto os atos processuais. É na verdade um direito instrumental e formal.

Uma vez transgredida a norma penal, deverá o Estado, segundo o princípio da legalidade, recorrer ao processo com o fim de infligir a pena ao delinqüente. Ocorre que a pena ou castigo não é um meio hábil na solução de conflitos. A pena não soluciona o conflito. A pena é simplesmente manifestação do poder estatal que *decide* o conflito.

A pena não restitui a vida da vítima no caso de homicídio. A pena não encontra nenhum fundamento na ciência jurídica. O seu fundamento é unicamente político: manifestação de poder.

Com o castigo o Estado aprofunda o ânimo de rebeldia do homem ressentido a que me referi no início do trabalho. É o homem que passa a viver do passado, atormentado por seus problemas, e sem expectativa do amanhã, e de um futuro melhor. É o ser improdutivo e tolhido em sua autonomia. Em face desse quadro é que entendo ser a dor da pena algo a ser repartido entre toda a sociedade de vez que a vítima e o delinqüente são produtos dessa mesma sociedade. É de todos conhecida

a afirmação de JEAN-JACQUES ROUSSEAU: "O homem nasce livre e a sociedade o corrompe". A solução para o problema só pode ser encontrada num novo modelo de sociedade.

Em primeiro lugar, uma sociedade calcada na liberdade. "Ser livre é ir mais além: é buscar outro espaço, outras dimensões, é ampliar a órbita da vida", escreveu a poetisa CECÍLIA MEIRELES²⁰.

Mas numa sociedade de tantas desigualdades e contrastes, a liberdade deve ser tomada em consideração aos fatores econômicos, pois estes são indispensáveis à verdadeira liberdade humana. É a liberdade de luta contra as injustiças sociais e econômicas; é a liberdade — diz JOAQUIM CARLOS SALGADO — "de busca do homem de sua justa participação na riqueza social"²¹.

É importante também que a despeito das adversidades um espírito de união se estabeleça entre os homens. JACQUES MARITAIN prefere falar em companheirismo, porque evoca um conjunto de relações positivas. "Evoca a idéia de companheiros de viagem que fortuitamente se encontram reunidos neste mundo, caminhando pelas estradas da terra — fundamentais que sejam suas oposições — em bom acordo humano, de bom rosto e em cordial solidariedade"²².

A sociedade fraterna é a que busca o bem-estar de todos em geral; é a sociedade solidária que almeja a felicidade de todos. No dizer de ALBERTINO G. MOREIRA: "...cada indivíduo deve receber da sociedade tudo quanto seja necessário ao desenvolvimento de sua personalidade"²³.

Revela-se também a indispensabilidade do pluralismo. Isto se traduz na idéia de convivência amena, tolerância religiosa, liberdade intelectual em estudar e pesquisar quaisquer temas, e a formação de partidos políticos onde possam ser veiculadas posições e propostas dos mais variados matizes ideológicos. O pluralismo é consoante com a multiplicação das associações livres, comunitárias, sindicatos e constitui um estímulo e uma contribuição para o alargamento da participação política. Sobre o pluralismo escreveu NORBERTO BOBBIO: "É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e, como

20 MEIRELES, Cecília. *Escolha o seu sonho*. Rio de Janeiro, Record, s/d., p. 10.

21 SALGADO, Joaquim Carlos. "Os direitos fundamentais". In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, UFMG, 1986, p. 23.

22 SALGADO, Joaquim Carlos. "Os direitos fundamentais". In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, UFMG, 1986, p. 23.

23 MOREIRA, Albertino G. *Noções gerais de direito social*. São Paulo, Saraiva, 1940, v. I, p. 352.

tais, constituam uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista”²⁴.

Nesta nova sociedade deve-se abster de quaisquer julgamentos baseados em diferenças de cor, credo, raça, sexo, idade, a se expressarem em leis, movimentos de opinião, coerção política, discriminação no emprego, no salário, no acesso à educação, à informação, à saúde . . . enfim, a plena convivência dos que têm os mesmos direitos, porém, participando de experiências variadas. Diferentes, porém iguais, na fruição das conquistas de uma sociedade democrática.

É nessa proposta de sociedade que se retirará o objetivo do sistema penal calcado na repressão. Como escreveu o insigne jurista JOÃO BAPTISTA VILLELA: “Discute-se se a coerção é ou não uma nota integrante do direito. Independentemente da resposta ao problema, conviria reconhecer que a força, como recurso para a observância do direito, não está em perfeita harmonia com a dignidade da pessoa humana, a qual, quando eticamente sadia e adulta, encontra na própria consciência os motivos para uma conduta juridicamente correta. A coerção externa é, assim, um convite à irresponsabilidade social do homem, na medida em que se propõe como guardião dos valores jurídicos. Recomenda-se orientar as instituições no rumo de uma adesão livre dos cidadãos às normas da sociedade política”²⁵.

Poder-se-ia contrapor às idéias do ilustre jurista que elas se baseiam num ideal utópico. Utópico sim; mas no seu sentido correto, isto é, de algo ainda não realizado, e não como erroneamente lecionado, que seja algo irrealizável.

Do exposto até aqui, veremos de forma mais objetiva, como é destrutivo e ilegítimo o sistema penal vigente. Isto é inegável em face das mortes, privações de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossa população. Há total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal. Não há controle sobre as atividades policiais e um judiciário indiferente e alienado, sem contar os delitos gravíssimos que são praticados pelos órgãos policiais. Tudo é violência. O direito penal na verdade é apenas um discurso para justificar o poder político. Em sua essência, é inoperante. Como ter confiança num discurso que visa tutelar os direitos fundamentais e prover sua segurança, se no Brasil, de cada três crianças que nascem uma é abortada,

24 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília, UNB, 1986, p. 928.

25 VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Belo Horizonte, FADUFMG, 1982, p. 13.

e só no trânsito, temos cinquenta mil mortos por ano? Nos últimos 5 anos um trabalhador rural foi assassinado no nosso País a cada três dias. Morreram 53 sindicalistas. Todas essas mortes resultaram 24 processos concluídos e três condenações. * Como confiar neste sistema penal indifferente e inativo?

6. O inquérito policial no quadro da ilegitimidade

Passo agora à análise do inquérito policial que “constitui uma das modalidades de apuração preliminar das infrações penais”²⁶.

O meu objetivo é mostrar a natureza desse instrumento, de acordo com a lei brasileira, para aqueles indivíduos arbitrariamente e seletivamente escolhidos. Não se pode ser ingênuo a ponto de não perceber que a estes selecionados, se mostra como atua o sistema repressivo, sempre que a exibição da máquina estatal seja útil à conservação da confiança no poder ou mais propriamente à manutenção do medo do poder.

No sistema processual penal brasileiro, a *persecutio criminis* possui dois momentos distintos: o da persecução e o da ação penal.

Este primeiro instante é a fase investigatória preliminar à instauração do processo acusatório ou, processo penal autêntico, como costuma denominá-lo a doutrina.

Este procedimento formal é o inquérito policial e tem como finalidade demonstrar a existência de fundamento razoável para o exercício da ação penal, através da comprovação material do fato e indícios de sua autoria.

Entende-se na doutrina que o inquérito não é necessariamente imprescindível para que o Ministério Público *dominus litis* da ação penal pública possa iniciar a demanda. O exímio processualista JOSÉ BARCELOS DE SOUZA leciona, que “De acordo com o nosso direito processual positivo, entretanto, a denúncia não precisa, em regra, para ser oferecida e recebida, de ser instruída com inquérito, documento ou qualquer elemento de convicção. Como pondera o Des. Costa Manso, em declaração de voto vencedor, “com a denúncia se instaura a ação penal, cujo objetivo não é outro senão o debate probatório da acusação. De sorte que, se o juiz, indo além dos aspectos formais daquela peça, puder desde logo rejeitá-la, por falta de prova, terá impedido o promotor público de provar que a prova existe...” (RF 179:399)²⁷.

(*) Cfr. Dados de discurso parlamentar pronunciado em 10-9-91, no Congresso Nacional, sobre os trabalhadores rurais.

²⁶ ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. Rio de Janeiro, “Edautor”, 1984, p. 29.

²⁷ SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 411.

Já para o processualista AFRÂNIO SILVA JARDIM o legislador exige a justa causa como condição para o regular exercício da ação penal condenatória: "Na verdade, levando-se em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar legitimamente a tutela jurisdicional. Assim, impõe-se que a denúncia ou queixa venha acompanhada do inquérito ou das peças de informação, conforme se depreende dos arts. 39, § 5.º, e 46, § 1.º, todos do Código de Processo Penal"²⁸.

Para JOSÉ BARCELOS DE SOUZA "muito mais danoso à dignidade do imputado seria a instauração de inquérito, não seguido, por qualquer motivo, de processo em que sua inocência pudesse vir a ser proclamada judicialmente"²⁹.

Penso que só se pode denunciar quando existe prova concreta da autoria ou indícios que levem a conduzir pressupostos de uma ação ilícita. Neste sentido leciona JOSÉ FREDERICO MARQUES: "A instauração do Juízo penal (do *actus trium personarum*, ou processo penal propriamente dito) exige mais dilatado número de condições para legitimar a persecução penal, uma vez que, como ressaltou LUIGI FULCI, "o processo penal, diversamente do que se verifica com o processo não penal, produz em relação ao réu dano bastante intenso, não só de caráter econômico, como sobretudo de natureza moral"³⁰.

Com efeito, não se pode admitir uma acusação infundada, carente de elementos de convicção e que em tudo aumentaria o drama do indivíduo submetido ao rigor do processo penal.

O inquérito policial será presidido pela autoridade policial. Trata-se de atividade meramente administrativa e não jurisdicional, que o Estado desenvolve no interesse da atuação futura de outro órgão, que é o Ministério Público, o qual possui a legitimidade para a *persecutio criminis in iudicio*.

Segundo o nosso ordenamento processual e polícia judiciária (assim incorretamente denominada pelo legislador), não possui qualquer vínculo hierárquico ou de disciplina com os demais órgãos da cena judicial que formam o *actus trium personarum*. A polícia judiciária pauta sua ação com base em altíssimo grau de arbitrariedade ao selecionar as pessoas

28 JARDIM, Afrânio Silva. *Op. cit.*, p. 146.

29 SOUZA, José Barcelos. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo, Saraiva, 1979, p. 116.

30 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1980, v. II, p. 180.

as quais indiciará, submetendo-as às averiguações necessárias. É instituição das mais decadentes da nossa estrutura política e jurídica, constantemente denunciada por praticar extorções, mortes, espancamentos, tortura e toda a sorte de iniquidades. Segundo a própria doutrina pátria em direito processual, o indivíduo que ali comparece não é sujeito de direitos, mas mero objeto de investigações.

Isto é um absurdo. Sem embargo da enumeração detalhada dos direitos individuais contida no art. 5.º da Constituição Federal, a práxis policial é indiferente e alienada em torno da dignidade da pessoa humana. É esta, valor insuperável na escala axiológica do direito. A violência que tanto combatemos, pois oprime e recalca, encontra seu "habitat" natural nas delegacias de polícia.

Não é difícil compreender esta dramática realidade de vez que o pessoal selecionado para compor os quadros dessa polêmica instituição é recrutado dos segmentos carentes da população, isto é, dos mesmos setores nos quais se produz a criminalização. A fidelidade do panorama traçado é afirmada nas palavras do ilustre criminalista JOSÉ CIRILO DE VARGAS: "A Polícia Judiciária recolhe todas as provas e, depois, basta ao Ministério Público esperar a condenação. Como sempre, há os encarregados do "serviço sujo" (...) e os que se beneficiam da sujeira..."³¹.

Um dos aspectos que bem informam a natureza do inquérito policial é o sigilo. O referido procedimento não admite publicidade de seus atos sob o argumento de que o êxito da investigação seria frustrado. "Impor-se-á a providência ... se se admitir que a divulgação das diligências venha a causar embaraços ao desvendamento do fato que esteja em investigação, bem como das suas circunstâncias, por dar azo a que os responsáveis, por seus parentes, desfaçam vestígios da ação principal, ocultem instrumentos, destruam papéis, removam valores, afastem ou subordinem testemunhas, ou, por outra forma, antepõem barreiras aos trabalhos de elucidação"³².

Na verdade, o aparelho policial da repressão que o Estado tem montado é obsoleto e arcaico. Não dispõe do instrumental, nem dos recursos humanos exigidos para o trabalho de investigação. A moderna tecnologia de investigação policial, se fosse ideológica e materialmente acolhida no nosso sistema, dispensaria perfeitamente a regra do art. 9.º do Código de Processo Penal, resquício da idade medieval, o que faz o direito retroagir séculos, paradoxalmente, sob a regulamentação de uma das mais avançadas Constituições em matéria de defesa da dignidade da pessoa humana.

31 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 228.

32 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1969, p. 181.

Os comandos constitucionais da ampla defesa e do contraditório não se coadunam com a sigilação no inquérito. Vulnera-se o Diploma Superior, pois o raciocínio lógico no qual se movem os técnicos do processo apóia-se na sofismática afirmação: "Se no inquérito não há acusação, claro não pode haver defesa";³³ ou nas palavras de HÉLIO TORNAGHI: "na fase policial não existe acusação contra ninguém"³⁴.

Os autores referem-se, evidentemente, a uma acusação formal e técnica que preencha os requisitos da lei para que o caso seja apreciado pelo juiz. Na verdade, do ponto de vista da realidade, o que existe não é apenas acusação, mas condenação mesmo! Os danos sofridos por aqueles selecionados ou subjugados aos carrascos que agem em nome e por conta do Estado são irreparáveis. As marcas sofridas pelos "objetos" de investigações tornam-se indeléveis. Os autores principais desses dramáticos episódios diários são patrocinados pelo Estado, e têm como papel principal a apresentação da ideologia do medo em todas as suas tonalidades.

FREDERICO MARQUES discursa no sentido da inquisitorialidade, pois considera "verdadeira aberração" um procedimento policial de investigação com o contraditório³⁵. Tal discurso parece revelar que o poder do Estado só é possível se exercido com base na opressão. Tais estratégias demonstram o impasse em que vive a nossa sociedade. Há uma profunda desconfiança no homem. Quer se crer na lei, porque já não se crê no homem. Assim, não há como olvidar que "o inquérito policial não é apenas um constrangimento, mas, muitas vezes, instrumento de vingança"³⁶.

A ilegitimidade do sistema penal não encontra sua fundamentação apenas na injustiça das desigualdades sociais como também nessa legislação perversa e autoritária. Um autoritarismo transparente para aqueles que atuam junto ao sistema, como relata com toda autenticidade o inolvidável JOSÉ CIRILO DE VARGAS: "Considero "letra morta" o que se contém nos incisos LXIII e LXIV do art. 5.º da Constituição: a informação do preso de seus direitos, presença de advogado, direito de permanecer calado, assim como o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu "interrogatório" (*sic*) policial. Um rapazola denunciado por crime de roubo chega à presença do juiz algemado e escoltado por dois investigadores da Delegacia de Furtos e Roubos que o massacraram pela tortura. Como pode esse acusado negar a imputação

33 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 181.

34 TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, p. 31.

35 MARQUES, Frederico. *Op. cit.*, p. 191.

36 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 132.

que lhe é feita, ou dizer que só confessou pelo sofrimento da tortura, ou apontar os dois policiais como responsáveis por sua prisão e "interrogatório", sabendo que vai voltar para a mesma Delegacia e continuar sendo "interrogado" pelos mesmos policiais?"⁸⁷

Ao contrário do festejado jurista de São Paulo, FREDERICO MARQUES, cuja opinião foi supracitada a respeito da inquisitorialidade no inquérito, o que considero verdadeira aberração é esta desconcertante realidade focalizada pelo eminente jurista de Minas Gerais. Sem dúvida, o eminente Doutor JOSÉ CIRILO DE VARGAS se inclui dentre aqueles notáveis juristas, que estão atentos ao seu tempo, e não deixam de conciliar — como é imperativo — a realidade política e social com a realidade normativa, mostrando todos os seus contrastes. É a postura independente desse verdadeiro cientista do direito que nos permite detectar as mazelas do sistema, e não apenas percebê-las, mas lutar contra elas. Nada há de acrescentar às suas lúcidas conclusões sobre o inquérito policial que a seguir transcrevemos: "a) o inquérito faz parte do processo; b) é o meio de prova que o Ministério Público tem em mãos mais facilmente obtido, porque de maneira inquisitorial; c) praticamente a totalidade das condenações resulta de prova ou de princípio de prova obtidos sem a observância do contraditório; d) esta praxe é atentatória da garantia da paridade substancial das partes; e) o Judiciário conhece completamente a situação, mas nada faz para alterar o quadro de inconstitucionalidade"⁸⁸.

A análise de alguns de seus aspectos revela-nos que o procedimento policial é inadequado e anacrônico como instrumento preparatório na solução do litígio penal. Aliás, o sistema não vai solucionar nada, apenas decidir.

Tanto o inquérito, quanto o processo penal que dele irá resultar, é um exercício de poder claramente arbitrário. "É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente"⁸⁹.

Como disserta EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, o destacado penalista da América Latina, muitas pessoas existem que fizeram o mesmo que o indiciado e não foram escolhidas ou selecionadas; outras ainda existem que não o fizeram e foram escolhidas pela autoridade policial e submetidas a todo o séquito de gravames e vexames que o procedimento acarreta. "É absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio

87 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 136-7.

88 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 194.

89 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 268.

da legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que estruturalmente estão preparados para os violar a todos”⁴⁰.

A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação. “A agência judicial penal carece do poder necessário para produzir a grande mudança social que a consecução do objetivo mediato ou utópico de sua estratégia exigiria (a abolição do sistema penal) e, conseqüentemente, a única coisa que deve fazer é o que está ao seu alcance, ou seja, reduzir progressivamente sua própria violência seletiva e arbitrária, com vistas a uma atitude aberta ou *inacabada*”⁴¹.

Com efeito, já dizia Aristóteles que a idéia de privilégio aguça a consciência da injustiça e provoca o desconcerto social. De fato. “Por que somente eu?”. “Cadê os outros?”. “Por que não eles também que fizeram o mesmo?”. Tais perguntas não podem ser respondidas pelo sistema penal, o que torna evidente a profunda crise de *deslegitimação* do poder na qual está mergulhado.

Em consonância com os ensinamentos de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, supracitados, para sermos coerentes, neste caso não se poderia reprovar ninguém e muito menos aquele que foi selecionado e se encontra como objeto de publicidade de poder repressivo estatal. Não há nenhum conteúdo ético em tal atitude.

Nesta ordem de idéias podemos concluir com apoio na magistral ensinância do brilhante jurista argentino:

“O sistema penal resulta deslegitimado ante a constatação social de sua operatividade real. Os discursos jurídico-penais legitimantes vão sendo descartados e abandonados ao largo do penoso caminho das frustrações do direito penal como ilusões destroçadas dos penalistas dos últimos séculos, porque as penas carecem de racionalidade. Qualquer tentativa para restabelecer a legitimidade dessas penas equivale a agir da mesma forma quanto ao sistema penal, e é por isso condenada ao fracasso. A pena não é mais que um ato de poder, e a teorização da mesma não deixa de ser uma tentativa legitimante de todo o exercício de poder do sistema penal.

Em sendo a pena irracional ou parte de ato violento de poder muito mais amplo, urge a necessidade de se intensificar o esforço jurídico para limitá-la bem como à sua violência”⁴².

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 235.

41 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 268.

42 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, pp. 274-5.

7. Conclusões

Não é a polícia nem a política que resolverão o problema da injustiça das desigualdades sociais no Brasil, mas o outro pólo do poder social, pois a liberdade é preocupar-se com o outro e não ser indiferente.

Aquilo que o poder estatal programa legislativamente como hipótese criminalizantes está muito longe de encontrar capacidade operativa, já que o sistema opera quando e contra quem decidir, apesar da lei ter sido feita para todos.

A falsidade do discurso jurídico-penal reside em mostrar um poder através de uma inesgotável capitulação de tipos penais, mas que só se exercita de forma ínfima e eventualíssima.

O princípio da igualdade perante a lei tem por fundamento de justiça a hipótese de uma igualdade material entre os cidadãos, e não a mera igualdade de trato jurídico que se traduz em resultados iníquos.

O jurista tem de interpretar os textos legais incorporando dados da realidade de forma que ponha o direito ao lado das aspirações da sociedade. Não se pode ser apolítico, no sentido de ignorante e indiferente ao coeficiente de politicidade que existe nas leis.

Não são novas leis que vão resolver o problema da violência do próprio aparelho estatal e a crescente criminalidade de nossos dias. A inoperância do Direito Penal já é manifesta, de modo que urge uma atuação séria e profunda no campo social atacando as causas que primeiro atingem a própria dignidade do homem.

A Ciência do Direito tem de assumir uma posição crítica, pois a referência dos conteúdos valorativos do direito tem de ser a vida humana, a dignidade ética do homem, razão e fim de todo o direito.

O saber penal deve aliar-se aos demais saberes sociais como também à filosofia e à ética. O jurista exegeta que se move no domínio da pura lógica, será sucedido pelo jurista político, o homem de luta, a serviço da pessoa humana, propugnando pelo fim da violência em todos os níveis.

O Poder Judiciário tem missão política, posto que não há poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder.

A pena não encontra nenhum fundamento na ciência jurídica. É castigo sem nenhuma racionalidade ou fundamento ético; pura manifestação de poder.

A dor da pena deve ser repartida entre toda a sociedade de vez que vítima e delinqüente são duas construções sociais.

Em substituição ao ilegítimo sistema penal, calcado na opressão, deve-se lutar pela construção de um novo modelo de sociedade inspirada na liberdade, igualdade, fraternidade, solidariedade e justiça.

Para instauração de um processo penal condenatório, inadmite-se uma acusação infundada, carente de elementos de convicção e que em tudo aumentaria o drama do indivíduo submetido ao rigor desse processo.

A polícia judiciária pauta sua ação em fortíssima arbitrariedade ao selecionar as pessoas as quais indicará. É instituição das mais decadentes, rotineiramente denunciada por mortes, extorções, espancamentos, tortura e toda sorte de iniquidades.

O aparelho de repressão que o Estado tem montado é obsoleto e arcaico e deve ser substituído pela moderna tecnologia de investigação.

Os comandos constitucionais da ampla defesa e do contraditório não se coadunam com a sigilação e a inquisitorialidade do inquérito policial justificados por uma lei perversa e autoritária.

Não se pode pretender que os sistemas penais respeitem o princípio da legalidade, da reserva, da culpabilidade, de humanidade e de igualdade, quando é óbvio que estruturalmente estão preparados para os violar a todos.

A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação. Não há nenhum conteúdo ético na atitude de se reprovar alguém se há muitos que fizeram ou praticaram o mesmo injusto.

O sistema penal resulta deslegitimado ante a constatação social de sua operatividade real. O Direito Penal é apenas um discurso para justificar o poder político, sendo em sua essência inoperante.

8 — Bibliografia

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. Rio de Janeiro, "Edautor", 1984.
- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, FDUFG, 1984.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Dos preâmbulos nas Constituições*. Belo Horizonte, FDUFG, 1989.
- . *A nova, a velha, a polícia de sempre*. Belo Horizonte, Fatos da Justiça, 1º de maio de 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília, UnB, 1986.
- COELHO, Daniel. *Interpretação e democracia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris. A.L.F.E. 1928, T. II.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- LUCHAIRE, François. *De la méthode en droit constitutionnel*. Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger. Paris (2) : 275-329, mars./aver. 1981.
- MARITAIN, Jacques. *Le pouvoir*. Paris, Annales de l'Institut International de Philosophie, 1957.
- . *Princípios de uma política humanista*. Rio de Janeiro, Agr, 1946.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1980, v. II.
- MEIRELES, Cecília. *Escolha o seu sonho*. Rio de Janeiro, Record, s/d.
- MOREIRA, Albertino G. *Noções gerais de direito social*. São Paulo, Saraiva, 1940, v. I.
- NETO, Artur Ribeiro. Para eleitor, justiça significa apenas menos miséria. *Folha de S. Paulo*, 24-9-89, p. B-8.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1981.
- PINTO, Estevam. *Da ação penal privada no processo penal*. Revista dos Tribunais, v. 50, p. 530, julho de 1944.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, UFMG, 1986.
- SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. São Paulo, Saraiva, 1988.
- . *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- VARGAS, José Cirilo de. *Processo Penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, FDUFMG, 1991.
- VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social — não violenta*. Belo Horizonte, FDUFMG, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

Proceso, Democracia y Humanización ¹

JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ
Profesor. Universidad de Costa Rica. Docto-
rando Universidad de Frankfurt a.M.

S U M A R I O

1. *Racionalidad procesal y humanización.*
2. *El significado de humanizar el proceso.*
 - 2.1. *Proceso y dignidad.*
 - 2.2. *Proceso y vida moderna.*
 - 2.3. *El hombre frente al proceso.*
3. *Humanización y comunicación forense.*
4. *Se requiere una concreta humanidad.*
5. *Una cuestión de legitimación.*
6. *Humanización y derechos humanos.*
7. *El trasfondo socio-económico de la humanización.*
 - 7.1. *La transformación del Estado liberal.*
 - 7.2. *La diversidad de la sociedad moderna.*
 - 7.3. *La masificación de la justicia.*
8. *Criterios mínimos para humanizar el proceso.*
 - 8.1. *Personalización.*
 - 8.2. *Tecnificación.*
 - 8.3. *Principios conducentes a la humanización.*
 - 8.4. *Sencillez de formas y rapidez de los procedimientos.*
 - 8.5. *Instrucción de la población.*
9. *A manera de conclusión.*

¹ Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Güllés y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992.

1. Racionalidad procesal y humanización

Repetidamente se ha señalado ² que cuando una persona es lesionada en sus intereses puede adoptar una de las siguientes reacciones: a) resignarse, b) repeler la agresión o agravio con sus propias fuerzas, c) imponer al supuesto agresor la propia solución del conflicto — o plegarse a la de aquel, si se está en posición de inferioridad — y d) confiar la decisión del pleito a un tercero imparcial. Resignación, autotutela, autocomposición y heterocomposición son en consecuencia distintas respuestas a un mismo problema: el de la insatisfacción de una o más personas debida a la vulneración de sus intereses jurídicos ³. Con todo la resignación no entraña en realidad ninguna solución, dado que el daño causado no encuentra reparación. Significa una continuación — e incluso agravación — de la injusticia, pues el agraviado renuncia a la posibilidad de hacer valer sus derechos. La autotutela conduce por su parte a excesos indeseables, por lo que se encuentra hoy en general rigurosamente prohibida, salvo en los casos de excepción expresamente previstos por el ordenamiento jurídico. La autocomposición puede dar entrada a soluciones egoístas, impuestas por la superioridad de medios de una de las partes. La heterocomposición, en cambio, se basa en la idea de introducir criterios de equidad, mesura y racionalidad en la solución de un conflicto. Aquí se está ante la figura del arbitraje si son las mismas partes interesadas las que se ponen de acuerdo para designar al tercero que habrá de resolver la controversia y se someten a su decisión. Pero si el tercero es un funcionario nombrado por el Estado conforme a la Constitución y las leyes, dotado de competencia general para resolver un número indeterminado de casos y con potestad de imponer sus decisiones, se estará propiamente ante un proceso ⁴. Mucho se ha discutido sobre la contribución real que presta el proceso a la solución de los conflictos sociales. No es extraño que los funcionarios de la administración de justicia le asignen un papel preponderante e nesta tarea, en tanto que sociólogos, sicólogos ⁵ e incluso algunos juristas cuestionen dicha valoración ⁶. No obstante, existe acuerdo en la idea de que la invención

2 Véase en este sentido: Fairén Guillén (Victor), *La Humanización del proceso*, en: *Towards a justice with human face. The first international congress on the law of civil procedure*, Kluwer-Antwerpen/Deventer, 1978, p. 191. En igual sentido ver: Gilles (Peter), *Optisches Zivilprozeßrecht*, Herne/Berlin, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1977, Schaubild Nr. 1.

3 Así, Fairén Guillén, Victor, *op. cit.*, p. 191.

4 *Ibid.*, pp. 191-192.

5 Ver así: Gottwald (Peter), *Die Bewältigung privater Konflikte im gerichtlichen Verfahren*, en: *Zeitschrift für Zivilprozeßrecht*, Volumen 95, cuaderno 3, julio de 1982, p. 245.

6 Es común que los juristas en la actualidad se cuestionen si los procedimientos judiciales son efectivamente adecuados para la solución de los conflictos privados, si existe efectivamente un libre acceso a los tribunales de justicia para todos, etc. Ver así: Gottwald (Peter), *op. cit.*, s 246.

del proceso marca un decisivo proceso de las relaciones humanas y de la cultura en general⁷, por cuanto pone a disposición de los hombres un mecanismo *racional* para la solución de los conflictos sociales. El carácter racional del proceso se revela en la circunstancia de que pone fin a los métodos violentos, abusivos o egoístas de solución de los conflictos que se presentan en la comunidad y *fuerza*⁸ a las partes en desacuerdo a que ventilen sus diferencias por medio de la *exposición ordenada* de los hechos y el derecho que asiste a cada una, a fin de que pueda el juez tomar la decisión adecuada a la litis⁹. En la apuntada racionalidad del proceso se revela también su carácter humanizante: se trata de un instrumento hecho por los seres humanos para la solución de problemas humanos. Resulta entonces indispensable indagar si, porque y en que sentido resulta todavía necesario hablar de humanización del proceso.

2. El significado de humanizar el proceso

Cuando se habla de humanizar el proceso debe tenerse cuidado de no confundir las diversas acepciones que en la literatura jurídica se ligan a este término. En realidad es posible distinguir con claridad tres significados diversos de esta palabra: 1) humanizar significa *respetar* la dignidad humana en el proceso; 2) humanizar es *actualizar* el proceso para adecuarlo a la vida moderna; 3) humanizar es *acercar* el proceso al ser humano.

2.1. Proceso y dignidad

La humanización del proceso se presenta, primeramente, como antítesis de la barbarie, de la crueldad, del menosprecio de la persona humana

7 Así Gottwald (Peter), *op. cit.*, s. 247. En igual sentido: Jauernig (Othmar), *Zivilprozessrecht*, 23ª edición, München, Editorial C. H. Beck, 1991, s. 2.

8 Es claro que de conformidad con el principio dispositivo las partes pueden decidir si someten o no la controversia que afecte sus intereses privados a conocimiento de los tribunales y pueden del mismo modo terminar el proceso *anormalmente*, por medio de una transacción o conciliación. Pero en el tanto en que las partes estén vinculadas por un litigio ante los tribunales de justicia, se encuentran sometidas a la específica racionalidad procesal.

9 Sobre el carácter humanizador del proceso, ver en este sentido: Gelsi Bidart (Adolfo), *La Humanización del proceso*, en: *Towards a justice with human face*, *op. cit.*, p. 249.

y de su dignidad¹⁰. Se trata en realidad de una vieja exigencia. Originariamente deben buscarse sus raíces en los primeros movimientos culturales tendientes a la mitigación de los excesos perpetrados en los procesos penales en contra de las personas a ellos sometidas. En la obra de *Beccaria* se encuentra por lo demás uno de los primeros — y principales — intentos por hacer del proceso algo humano en el sentido apuntado¹¹. La idea de un proceso en que se respete la dignidad al lado de garantías procesales básicas como la del derecho a ser oído en juicio goza hoy en día de reconocimiento internacional, como lo confirman los preceptos — preferentemente orientados a lo penal, pero que encuentran también aplicación en el terreno del proceso civil¹² —, contenidos en los artículos 5.º y 10.º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹³, 3.º y 6.º de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales¹⁴ y 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica¹⁵.

10 Así: Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, p. 196.

11 Ver así: Calamandrei. "Prefazione" a la obra de Beccaria, "Dei delitti e delle pene", 2. ed. Firenze, Felice Le Monnier, 1950, pp. 73 y s. Citado también por Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, p. 196.

12 *Ibid.*, p. 204.

13 Art. 5: "Ninguna persona será sometida a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Art. 10: "Toda persona tiene derecho, en régimen de igualdad, a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, que decidirá ya de sus derechos y obligaciones, ya del fundamento de toda acusación dirigida contra aquella en materia penal".

14 Art. 3: "Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes".

Art. 6: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente y en plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá por medio de respuestas sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, sea sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella. El juicio debe ser hecho públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público, o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exigen o en la medida juzgada estrictamente necesaria por el Tribunal cuando en circunstancias especiales, la publicidad implicaría inconvenientes a los intereses de la justicia".

15 Art. 8.1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter".

2.2. Proceso y vida moderna

En un segundo sentido humanizar significa tanto como actualizar el proceso para adaptarlo a las necesidades y características de la vida humana de hoy¹⁶. El problema básico a resolver aquí es el del carácter *retrasado* del proceso. Se hace énfasis en el hecho de que el código procesal debe adecuarse a los adelantos de la vida moderna a fin de que no venga a menos su carácter funcional. En este sentido se habla de humanización, por ejemplo, en el nuevo Código Procesal Costarricense¹⁷

2.3. El hombre frente al proceso

Humanizar en sentido estricto significa *crear una justicia con rostro humano*¹⁸. Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y en general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, entraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial¹⁹. El elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio, que se asemeja, por lo desconcertante, al proceso kafkiano²⁰. Esta situación puede inducir a muchos a tolerar el agravio sufrido, antes que acudir a los tribunales en procura de una reparación. Ello origina en la población un *malestar*²¹, en el sentido en que Freud introdujo el término en la literatura científica, es decir, como descontento o insatisfacción con un fenómeno social. El origen de éste malestar *en* (e incluso dentro de) la administración de justicia se relaciona con *el olvido del factor humano* en los procedimientos

16 Ver por ejemplo: Sentis Melendo, "Humanización del proceso", en: "Estudios de Derecho Procesal", Buenos Aires, EJEA, I, pp. 219 y ss. (También citado por Gillén Fairén (Victor), *La humanización del Proceso*, op. cit., p. 197.

17 V. nota nº 36, infra.

18 Así: Wassermann (Rodolf), *Justiz mit menschlichem Antlitz-Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebot*. En *Menschen vor Gericht*, Neuwied und Darmstadt, Editorial Hermann Luchterhand, 1979, p. 13. En igual sentido: Guilles (Peter) *Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung*. En: *Humane Justiz. Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilprozessrecht in Gent 1977*, Kronberg, Editorial Athenäum, 1977, p. 147. También: Wenzel (Gehard), *Menschlichere Justiz, Deutsche Richterzeitung*, 1980, p. 161.

19 Wassermann, op. cit., p. 16.

20 Ver en este sentido Fairén Guillén (Victor), *La humanización del proceso*, op. cit., p. 197, quién a su vez hace referencia a las observaciones de Sentis Melendo.

21 Véase así: Wassermann, op. cit., p. 17. En igual sentido: Gottwald, op. cit., p. 250.

judiciales²². La humanización en sentido estricto es, pues, una reacción en contra de ese olvido. Como ya lo observara Wassermann²³, es necesario que la justicia se torne más humana, comprensible y accesible.

Las observaciones que siguen se refieren, en general, al postulado de la humanización procesal en el sentido estricto que se le ha dado aquí a la palabra²⁴.

3. Humanización y comunicación forense

Distanciamiento, incomprendibilidad, formalismo, burocratismo y lentitud, son reclamos que de ordinario se le hacen a la administración de justicia cuando se aborda el tema de la humanización del proceso. Pero también se hace necesario tomar aquí en consideración el problema del alejamiento del conflicto de los actores originales merced a la intervención del aparato judicial. A través del proceso se sustrae el conflicto del terreno estrictamente privado y es profesionalizado y racionalizado gracias a la intervención de abogados y jueces²⁵. Y este conflicto racionalizado y profesionalizado tiene a menudo poco que ver con el originario enfrentamiento emocional de las partes. El litigio se convierte así en un *meta-conflicto*²⁶. Como bien ha sido apuntado²⁷, tan pronto como se mira el litigio desde una *perspectiva jurídica*, termina el diálogo real entre las partes: No son estas las que se enfrentan en realidad en los tribunales, sino sus abogados. Todos estos factores dificultan, a veces de manera duradera, la comunicación procesal. En efecto, el hecho de que ante los tribunales intervengan sujetos en diversas posiciones, ya sea de parte o de autoridad convierte al proceso en un *sistema de comunicación*, en el que se intercambian diversas informaciones a través del lenguaje²⁸, circunstancia ésta que se acentúa en el contencioso, por la contraposición de intereses que en él tiene lugar. Como la adecuada defensa de éstos intereses depende de la habilidad de las partes y de sus abogados para orientarse adecuadamente en el sistema de comunicación judicial, no es entonces una casualidad él que se estime actualmente que la tarea principal de

22 Wassermann, *op. cit.*, p. 17.

23 *Ibid.*, p. 21.

24 Es decir, como lucha contra el olvido del factor humano en el proceso.

25 Así: Gottwald, *op. cit.*, p. 248.

26 *Ibid.*, p. 248.

27 *Ibid.*, p. 248.

28 Así: Wassermann, *op. cit.*, p. 33. También: Gelsi Bidart, *op. cit.*, p. 264.

la humanización consista en hacer del diálogo una realidad en el proceso, por medio de una efectiva participación de todos los sujetos que en él intervienen²⁹. Es en este sentido que la comunicación forense se considera como el problema central de la humanización del proceso³⁰. No es por lo demás extraño que uno de los principales obstáculos que se oponen a esta tarea sea de carácter lingüístico. El alto grado de especialización del lenguaje jurídico, el carácter arcaico que de ordinario presenta o las inversiones del significado ordinario de las palabras a las que es también a veces propenso, lo hace entendible, en tesis de principio, tan sólo para los juristas. Para la comprensión del común de las gentes representa una barrera infranqueable³¹. Con razón se ha hablado repetidamente del carácter *antidemocrático* de la terminología jurídica³², en cuanto deja a las personas comunes a merced de los juristas, esto es, sin posibilidad real de comprender lo que se hace en el proceso ni de intervenir afectivamente en él. La posibilidad de crear una terminología jurídica cercana al pueblo o de comprensión general ha sido puesta repetidamente en duda. Ello debido a la dificultad de regular un mundo altamente complejo como el moderno con un derecho simple o, incluso, simplista. La naturaleza altamente abstracta de las modernas leyes, en las que se vierten conceptos cada vez más técnicos, es una exigencia de nuestros días. No parece posible, por otra parte, el desarrollo de la ciencia jurídica sin un lenguaje científico adecuado a sus necesidades de expresión. Pero lo dicho no excluye que el postulado de la humanización le imponga al juez el deber de expresarse de la manera más clara posible, de forma tal que todos aquellos que intervienen en el proceso puedan entender cabalmente el contenido esencial de sus resoluciones³³. Ello conduce a dar preferencia, siempre que sea posible, al empleo de palabras de uso común, las que, a diferencia de la terminología técnica, pueden ser comprendidas por el común de las gentes. Dicho deber, que rige en cada una de las etapas procesales, cobra particular importancia en el momento de dictar sentencia, donde la finalidad de decidir el derecho que corresponde a cada quién sólo queda plenamente cumplida en la medida en que la decisión del juez sea comprendida por todos.

29 Ver: Gelsi Bidart, *op. cit.*, p. 264: "En consecuencia, la humanización radica en acentuar la necesaria estructura dialógica del proceso, para que todos los sujetos participen realmente en el desarrollo progresivo del mismo y constituyan efectivamente una comunidad jurídica (sujetos que colaboran en la determinación de la situación jurídica y de la solución de derecho que la misma plantea)".

30 Así, Wasserman, *op. cit.*, p. 25.

31 Ver: Menne (Heinz), *Sprachbarriere und Rationalisierung im Zivilprozess*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 88 (1975), p. 263.

32 *Ibid.*, p. 34.

33 *Ibid.*, p. 34.

4. *Se requiere una concreta humanidad*

La preocupación por hacer del hombre el centro de la especulación jurídica, calificada como "humanismo jurídico"³⁴, debe en consecuencia, conducir aquí hacia una reglamentación del proceso de conformidad con la realidad, naturaleza y condición concretas del hombre. No debe conjurarse, calificada como "humanismo jurídico"³⁴, debe, en consecuencia, trismo hermético, que considera como valioso para el ordenamiento jurídico tan sólo al hombre y sus intereses, descuidando con ello el valor intrínseco de la naturaleza y del ambiente. Contra éste carácter antropocéntrico, que domina lamentablemente parte de la doctrina jurídica, ha reaccionado con vigor el relativamente moderno derecho ambiental. Lo que interesa es más bien resaltar la circunstancia de que el proceso se debe adaptar al hombre y no éste a aquél. La condición y naturaleza humana son conceptos que no ha inventado el legislador. Este puede regularlos y desarrollarlos en los respectivos textos legales, mas no así alterarlos. Las normas jurídicas que no toman en cuenta esto acusan de inmediato una pérdida de significado y eficacia. El problema consiste en determinar cuales son las concretas características del hombre que deben ser tomadas en consideración para la reglamentación del proceso. Es cierto que existe un cúmulo de caracteres que determinan de manera más o menos general la vida del hombre moderno, tales como la constante tecnificación, la rapidez con que acontecen los cambios en los diversos terrenos del actuar humano y la consecuente sensación de inseguridad vital que de ello deriva³⁵. Estos caracteres deben ser ciertamente objeto de análisis³⁶. Pero al lado de ellos deben valorarse las concretas situaciones sociales y culturales en que viven los sujetos destinatarios del ordenamiento jurídico, pues ellas determinan la forma en que los hombres perciben la realidad, así como su lenguaje y comportamientos. La sociología del conocimiento y especialmente la teoría de la realidad como construcción social, ponen de manifiesto la circunstancia de que la interacción de los hombres con su entorno social, es decir con la familia, escuela, trabajo,

34 Así: Gelsi Bidart, *op. cit.*, p. 247.

35 *Ibid.*, p. 253.

36 La Comisión redactora del nuevo Código Procesal Civil costarricense se pronunció significativamente en favor de tomar en cuenta algunos de estos caracteres generales de la vida humana en la nueva reglamentación. Señala en este sentido que "Adecuando los mecanismos procesales a la vida humana de hoy se humaniza el proceso; así, los nuevos medios de prueba documentales, la inclusión de los informes entre los medios de prueba, la posibilidad de uso de la taquigrafía, la grabación, e incluso las computadoras y la televisión, constituyen, entre otros, aspectos de la vida humana actual, que al ser incorporados al proceso, logran conseguir su humanización". Ver así: Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal Civil. Exposición de Motivos. *Op. cit.*, p. 25.

etc, fija la forma en que éstos perciben la realidad³⁷. No es extraño, en consecuencia, que también la posibilidad de participar de manera eficaz en el diálogo judicial esté condicionada por la pertenencia a un determinado grupo social³⁸. Por ello se ha señalado que el juez, en el momento de conducir el debate o de redactar las resoluciones judiciales, debe tener siempre presente el componente humano concreto que es destinatario de sus comportamientos³⁹. De acuerdo con el postulado de la humanización puede afirmarse entonces que el juez sólo procede adecuadamente en la medida en que tenga presente la capacidad de comprensión del destinatario de sus actuaciones y resoluciones⁴⁰. Pero estas observaciones son además una advertencia para el legislador, en el sentido de que éste debe evitar por todos los medios posibles el caer en la trampa de copiar acríticamente legislaciones extranjeras, generalmente europeas, sin tomar en cuenta la realidad sociocultural propia. Este es un problema muy extendido en los distintos países latinoamericanos, en los que la técnica de copiar codificaciones es vista, ilusoriamente, como factor de modernización. Y finalmente la advertencia vale también para el procesalista teórico, pues también los institutos dogmáticos responden a las realidades socioeconómicas de los países en que ha sido elaborados, por lo que la conveniencia de aplicarlos en diversos contextos debe ser siempre analizada a partir del efecto que puedan tener en el componente humano nacional. En síntesis, tanto jueces, legisladores, abogados o teóricos del derecho deben tener presente que la transferencia de conocimiento y, en lo que aquí interesa, del conocimiento jurídico, no es nunca un fenómeno *ideológicamente* neutral. En realidad toda ley, sentencia o construcción doctrinaria se apoya en un determinado modelo social⁴¹, el cual refleja el conjunto de representaciones que las instancias encargadas de crear, aplicar o interpretar el derecho se forman de los hombres, la sociedad y el Estado⁴². La medi-

37 Ver así: Berger-Luckmann, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit — Eine Theorie der Wissenssoziologie*, 1969. En igual sentido: Kübler (Friedrich), *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975, p. 24.

38 Wassermann, *op. cit.*, p. 34.

39 *Ibid.*, p. 34.

40 *Ibid.*, p. 34.

41 La introducción del concepto de modelo social se debe en buena parte al artículo del Prof. Franz Wieacker intitulado: *Das sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, el cual fue publicado por primera vez en el año 1953. Actualmente se encuentra recopilado en el libro del mismo autor denominado: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a.M., 1974, pp. 9 y ss.

42 Ver así: Westermann (Harm Peter), *Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht*. En: *Archiv für die civilistische Praxis*, 178 (1978), p. 158.

da en que las instituciones procesales van a tener eco en la población es, por otra parte, algo que atañe directamente al carácter democrático de un Estado.

5. *Una cuestión de legitimación*

El fenómeno de la deshumanización implica que la administración de justicia pierde *funcionalidad*. Este problema no puede pasarse por alto, ya que se traduce en una falta de legitimación⁴³, entendida aquí en el sentido que le atribuyó Max Weber al término, esto es, como explicación del porqué y bajo que circunstancias la estructura y sistema del orden social existente es aceptado o al menos tolerado por los sujetos y grupos que lo constituyen y se posibilita su existencia misma⁴⁴. El concepto de legitimación es en realidad una palabra clave de la sociología política, que designa la base de confianza sin la cual la estructura del orden social y de las instituciones que lo componen no son capaces de mantenerse y desarrollarse⁴⁵. En tanto que la facultad de juzgar fue atribución exclusiva de un monarca o gobernante impuesto al y colocado sobre el pueblo, bien poco podría importar lo que los subordinados pudieran pensar sobre la forma de impartir justicia⁴⁶. La progresiva democratización de los poderes del Estado, sin embargo, obligó a desechar el aislamiento en que estaba colocado el titular de la potestad de decir el derecho con respecto a la sociedad. A partir de este momento pasa ser base fundamental de la administración de justicia la confianza que el común de los hombres deposite en ella y la opinión que los integrantes de la sociedad se formen sobre su idoneidad para cumplir adecuadamente el encargo social que le ha sido confiado. Será indispensable en adelante que la administración de justicia encuentre eco en la conciencia del pueblo. Con ello no se quiere decir que los tribunales estén compelidos a acceder a todo lo que reclamen los diversos componentes del complejo social, porque ello equivaldría claramente a sacrificar la imparcialidad que debe caracterizar su actuación y funcionamiento⁴⁷. Se trata, por una parte, de remover todo aquello que la hace extraña y ajena al modo de ser del común de los hombres. Pero sobre todo importa aquí hacer realidad en lo que concierne al poder judicial el postulado democrático de participación efectiva.

43 Así, Wassermann, *op. cit.*, p. 18.

44 Así: Weber (Max), *Wirtschaft und gesellschaft*, 4. Edición, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), vol. II, 1956, pp. 551 y ss.

45 Ver: Kübler (Friedrich), *op. cit.* p. 28.

46 Así: Wassermann, *op. cit.*, p. 18.

47 *Ibid.*, p. 20.

6. *Humanización y derechos humanos*

El reconocimiento por parte del Estado y de la comunidad internacional de la dignidad del hombre se manifiesta históricamente en la elaboración de diversas *tipologías* de derechos humanos, las cuales se han incorporado al cuerpo normativo de las constituciones de varios países, o han sido adoptadas en tratados o declaraciones internacionales. Este reconocimiento implica, desde una perspectiva estrictamente procesal, el deber de reglamentar el proceso de forma tal que la dignidad humana no resulte menoscabada. Pero también debe hacerse notar, que los derechos humanos traen a escena al *hombre concreto*, con sus aspiraciones y necesidades. Es éste el que es portador del valor de la dignidad y titular de esos derechos fundamentales, nunca un ser ideal o abstracto. Los derechos humanos introducen así un punto de conexión entre el sistema jurídico y la realidad humana a la que éste debe servir⁴⁸, provocando así el deber de humanizar el derecho por medio de la valoración, no del hombre abstracto, sino del ser humano de carne y hueso, en las situaciones en que éste se encuentre. En lo que toca a las situaciones procesuales se sigue de lo anterior el deber de regular y conducir el proceso en un *estilo humano*, interpretando las normas, cuando ello sea necesario, de conformidad con lo que convenga a la humanización del proceso.

7. *El trasfondo socio-económico de la humanización*

La necesidad de humanizar el proceso, haciéndolo más comprensible y cercano al hombre común, se ha incrementado gracias a la aparición de tres fenómenos que pueden observarse en los ordenamientos jurídicos no sólo de los países industrializados sino también de los que se encuentran en vías de desarrollo.

7.1. *La transformación del Estado liberal*

La transformación del Estado liberal en un Estado social de derecho es un fenómeno complejo, que se presenta con diversos matices según sea el contexto socio-político en que haya tenido lugar. Interesa mencionar aquí solamente el hecho, ya destacado por otros⁴⁹, de que esa transformación se ha acompañado normalmente de una fuerte movilización popular, principalmente de clases o grupos sociales antaño marginados o discri-

48 Gelsi Bidart. Para la Humanización del proceso penal. Ponencia presentada "Un Codice Tipo di procedura penale per l'America Latina. Incontro preparatorio", Roma, 1980, p. 4.

49 Así: De Souza Santos (Boaventura). A participação popular na administração da justiça nos países capitalistas democráticos. En A participação popular na administração da justiça, Lisboa, Livros Horizonte, 1982, p. 90.

minados, los cuales demandan una mayor participación en la distribución de la riqueza y una mayor democratización de la vida colectiva⁵⁰. Estos movimientos generaron una crisis de legitimación del Estado liberal, que conduce a la aparición de la legislación de carácter *social*⁵¹. Esta persigue, en general, una *igualdad real* de todos los miembros del conglomerado social, lo que se trata de lograr otorgándole a las personas menos favorecidas social o económicamente un número determinado de derechos, de los que carecían en las leyes de corte liberal, orientadas hacia el principio de igualdad formal. La circunstancia de que los sujetos beneficiados con esta legislación deban acudir a la administración de justicia en procura de protección para sus derechos implica una constante presencia en los tribunales de los sectores que integran por lo general el grueso de la población. Estas personas esperan una respuesta judicial concreta, sencilla, libre de formalismo y complicaciones innecesarias y sobre todo rápida, a sus *pre-tensiones*. En última instancia se trata de aspectos en los que están en juego aspectos básicos para la subsistencia del individuo: techo, trabajo, etc. La administración de justicia se encuentra así ante un desafío, porque debe garantizar a la población destinataria de la nueva legislación la posibilidad de hacer valer efectivamente sus derechos y a la vez tiene que mostrarse como la sede idónea para resolver los nuevos problemas.

7.2. *La diversidad de la sociedad moderna*

La sociedad moderna se caracteriza cada vez más por la diversidad de sus componentes. Representantes de los más distintos intereses étnicos, políticos, económicos, culturales, religiosos, nacionales, etc., conviven en las grandes ciudades, fenómeno éste que tiende hacia la formación de la *ciudad universal*⁵². La convergencia de esos componentes sociales ante

50 *Ibid.*

51 Costa Rica no constituye en cuanto a este punto una excepción. En efecto, las tres crisis mundiales que han tenido lugar en el siglo 20 (la Primera Guerra Mundial — 1914-1918 —, la Depresión que se originó en 1929 y la Segunda Guerra Mundial — 1939-1945 —), tuvieron un efecto decisivo para la economía costarricense y alteraron de manera general el curso político y social del país. El modelo del Estado liberal se haría entonces insuficiente para dar respuesta a todos los desafíos que la nueva época traía consigo. La exigencia de cambio, que es sentida en todos los campos, tuvo una clara manifestación en el aspecto jurídico, principalmente con la promulgación del Código de Trabajo, la incorporación de una sección de garantías sociales en la Constitución política de 1871 y la adopción de un nuevo texto constitucional en 1949. Sobre el punto ver: Gutiérrez (Carlos José). El funcionamiento del sistema jurídico. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1979, pp. 47-48.

52 Así: Cappelletti (Mauro): Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. En: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam — Casa editrice Dott. Antonio Milani, Volume XXX (II Serie) — Anno 1975, p. 366.

los tribunales de justicia representa un desafío para el sistema de comunicación procesal, el cual se ve compelido a armonizar los distintos universos significativos y constelaciones de valor de que aquellos son portadores en los canales comunes de diálogo que representan los diversos procedimientos judiciales.

7.3. *La masificación de la justicia*

Cappelletti ha señalado⁵³ que la sociedad moderna se caracteriza por la presencia de fenómenos que tienen lugar en masa, como la producción, intercambio y consumo de bienes y servicios, todo lo cual genera una masiva conflictividad. El crecimiento de la litigiosidad produce la saturación de los tribunales de justicia, los que, gracias al masivo reclamo de sus servicios, tienden a burocratizarse. Con ello se fomenta el alejamiento de la administración de justicia del ciudadano común.

Las medidas que persiguen la simplificación de los procedimientos y, en general, la creación de una justicia más próxima al hombre común, son una respuesta a los tres fenómenos antes enunciados.

8. *Criterios mínimos para humanizar el proceso*

Debe aclararse que no existen *recetas* absolutas para hacer del postulado de la humanización una realidad. Más bien debe tenerse presente que la selección y adopción de medidas concretas depende de las características y requerimientos propios de cada ordenamiento jurídico. Con todo, es posible señalar algunos *criterios generales*, cuya observancia *conjunta* puede mejorar, en tesis de principio, el diálogo forense y darle al proceso un carácter más humano.

Así, por ejemplo, en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, que tuvo por tema precisamente él de la creación de "una justicia con rostro humano", celebrado en 1978 en Gent, Bélgica, se consideró que el postulado de la humanización implica la creación de procedimientos orales, eliminación de formalidades innecesarias, simplificación de la ley sustantiva, asegurarle una debida publicidad a las audiencias orales, procurar la comparecencia personal de los litigantes a dichas audiencias y en general establecer procedimientos de conciliación y mediación⁵⁴.

53 *Cappelletti, op. cit.*, p. 365.

54 Así: 'The first International Congress on the Law of Civil Procedure "Towards a justice with human face". Summary Report. *Op. cit.*, p. 526.

En diversos ordenamientos jurídicos europeos y especialmente en la República Federal Alemana se ha considerado además que el postulado de la humanización supone la realización efectiva de diversas aspiraciones, tales como: a) Protección jurídica igual para todos, b) igualdad real de oportunidades para las partes en el proceso, c) facilitación del acceso a la justicia, d) mejoramiento de la información relacionada con los mecanismos de protección jurídica, e) eliminación de las barreras de comunicación en el proceso, f) introducción de una mayor transparencia y claridad en el proceso, g) aumento de las oportunidades de participación individual en el proceso, h) aceleración y simplificación de los procedimientos, i) aumento de la eficiencia procedimental y j) disminución de los costos privados y sociales de la protección jurídica⁵⁵.

Interesa ahora hacer especial referencia a algunos aspectos que se estiman de particular interés para lograr la constitución de un proceso humano.

8.1. Personalización

Se trata de promover la intervención personal y directa de todos aquellos que intervienen en el proceso, a fin de convertirlos en verdaderos protagonistas del litigio y combatir su alejamiento y desinterés en él⁵⁶. La imagen macabra de un proceso en el que los litigantes se comunican tan sólo por medio de una computadora que a la vez es la encargada de resolver el litigio, es la antítesis por excelencia de un proceso humano. Se requiere en este sentido un aumento efectivo de las oportunidades de participación personal en todas las etapas procesales. Uno de los principales obstáculos que se presenta en este punto es, como ya ha sido puesto de manifiesto, la tendencia a delegar en otros la propia actuación, ya sea por medio del apoderamiento de las partes⁵⁷ o la delegación del juez en sus funcionarios⁵⁸.

55 Giles (Peter), *Die Berufung...*, *op. cit.*, p. 148.

56 Así: Gelsi Bidart, *La humanización del proceso*, *op. cit.*, p. 263.

57 Se ha señalado que el apoderamiento de las partes responde a la necesidad de tecnificar el proceso y que no es incompatible con el principio de personalización, siempre y cuando se admita la convocatoria de las partes para: a) su interrogatorio; b) procurar la reconstrucción de los hechos en todo aquello en que las partes concuerdan; y c) la solución concencional del conflicto. Así lo afirma expresamente Gelsi Bidart, *La humanización del proceso*, *op. cit.*, pp. 262-263. En este aspecto, "La humanización consiste en dar intervención directa y personal a quienes pueden-inmejorablemente-relatar los hechos transcurridos, confrontando (y superando) las disidencias al respecto y promoviendo soluciones que contemplen todos los aspectos del problema, como sólo los interesados en el caso, con la autoridad imparcial promotora de la justicia, pueden tomar en cuenta". *Ibid.*, p. 263.

58 "Con relación al Tribunal, personalizar significa tanto como judicializar, vale decir, imponer la actuación del hombre-juez y no su actuación a través del juez delegado del Colegio o, lo que es peor, del Tribunal por medio de funcionarios de la oficina." Así: Gelsi Bidart, *La humanización del proceso*, *op. cit.*, p. 263.

8.2. *Tecnificación*

La introducción de un mayor grado de humanización supone, en segundo término, la tecnificación del proceso, criterio éste que conlleva dos exigencias diversas. En primer lugar implica un mejoramiento de las aptitudes personales del juez para dirigir y conducir el proceso en un *estilo dialogal*⁵⁹. Resulta indispensable que el juzgador conozca en cierta medida las contribuciones que algunas disciplinas metajurídicas como la psicología, la sociología, la lingüística, la medicina, etc., han hecho y hacen para el entendimiento de los procesos de comunicación humana. Por otro lado se hace necesaria la tecnificación *jurídica* del proceso⁶⁰. Esta exigencia, en cuanto a las partes, se traduce en la necesidad de la defensa técnica de sus intereses — o asistencia letrada —, lo que vale tanto como desechar la posibilidad de defenderse por sí mismo en un litigio, sin ser profesional en derecho⁶¹. En cuanto al Tribunal, según un sector de la doctrina⁶², que estimamos correcto, supone su integración por profesionales en leyes, capaces de dirigir y orientar el diálogo forense de manera adecuada y no por peritos en diversas materias. La tecnificación procesal, así entendida, se opone por lo demás a la existencia del llamado jurado popular⁶³. Con todo, no falta quien considere que la presencia de *jueces populares* es un factor de humanización⁶⁴. No obstante, debe recalcarse que la tecnificación del tribunal es garantía de que el litigio será resuelto por concedores de la ley, según criterios elaborados por la ciencia jurídica, lo que conduce a un mayor grado de objetividad y certeza en la aplicación del derecho y decisión de la controversia⁶⁵. Objetividad y certeza que como antítesis de la arbitrariedad, conducen a una mejor

59 Así: Wassermann, *op. cit.*, p. 29.

60 Así: Gelsi Bidart, *La humanización del proceso*, p. 263.

61 *Ibid.*, p. 263.

62 *Ibid.*, p. 263.

63 *Ibid.*, p. 263.

64 Así: De Lima Cluny (Pedro). O Juiz popular-Factor de humanização. En: *A participação popular na administração da justiça*. *Op. cit.*, pp. 57 y ss.

65 No en vano se ha señalado que el éxito de la humanización del poder judicial depende esencialmente de las cualidades y facultades del órgano encargado de decir el derecho. "La calidad de la judicatura fomenta la de la administración de justicia". Así Wolf (Manfred). *Ausbildung, Auswahl und Ernennung der Richter*. En: *Humane Justiz*, *op. cit.*, p. 73.

solución del problema humano que se revela en el litigio⁶⁶. Pero resulta indispensable recalcar aquí que la tecnificación del proceso, si no va acompañada de un aumento efectivo de las posibilidades de participación personal de las partes puede más bien contribuir a la deshumanización, al convertir al litigio, como ya se indicó, en un *metaconflicto*. Debe recordarse una vez más que la humanización resulta sólo de la observancia *conjunta* de los criterios que tienden a realizarla, no de la aplicación dogmática de uno sólo de ellos.

8.3. Principios conducentes a la humanización

Debe además subrayarse la importancia que para la tarea de humanizar el proceso tiene la observancia coordinada y armónica de determinados principios. Se trata aquí de la oralidad, inmediación, y concentración. En efecto, la introducción de la oralidad en el proceso es tendencia generalizada en muchos ordenamientos jurídicos modernos. Se trata de un principio que, históricamente considerado, es reflejo del modelo procesal liberal⁶⁷. En su sentido más puro significa que sólo lo que haya sido expuesto y presentado oralmente en el debate puede ser admitido como fundamento de la sentencia⁶⁸. Originalmente se pretendió con este postulado⁶⁹: 1) evitar que la parte que no supiera leer o escribir resultara perjudicada, 2) conceder a las partes la oportunidad de discutir y rebatir verbalmente todo aquello que se relacione con el litigio ante el tribunal competente, 3) acelerar el curso del proceso y 4) otorgar a la opinión pública la oportunidad de controlar la actividad de los tribunales de justicia (en este sentido es el principio de publicidad hermano de la oralidad). En la actualidad no se discute si debe ser un proceso totalmente escrito o totalmente verbal. Ambas posiciones extremas resultan inaceptables. Contra la conveniencia de concebir un proceso totalmente escrito hablan fundamentalmente dos razones: a) la lentitud y pesadez con que transcurren los procedimientos escritos⁷⁰ y b) que el mero intercambio de

66 Ver en este sentido: Gelsi Bidart. Intervención en el diálogo sobre el código penal-modulo para Ibero America. En: Un "Código tipo" di procedura penale per L'America Latina. Incontro preparatorio. Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia-America Latina, 1990, p. 205: "La sentencia es un acto técnico-jurídico que no ha de encomendarse a quienes carecan de formación al respecto y que, además, con mayor facilidad que el juez togado, pueden sucumbir a tentaciones de parcialidad."

67 Así: Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1978, p. 41.

68 Así: Baumann (Jürgen). *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozessrechts*. 2ª edición, Stuttgart, Editorial W. Kohlhammer, 1979, p. 58. En igual sentido: Arens (Peter). *Zivilprozessrecht*. 4ª edición. München. Editorial C. H. Beck, 1988, p. 17.

69 Así: Baumann (Jürgen), *op. cit.*, p. 55.

70 Así: Jauernig *op. cit.*, p. 88.

opiniones por escrito va en detrimento de una fluida comunicación procesal⁷¹. A la existencia de un proceso totalmente oral se oponen las siguientes circunstancias⁷²: a) que resulta imposible que el juez retenga en la memoria los detalles de todos y cada uno de los muy variados litigios que se presentan a su consideración, circunstancia ésta que se agrava por la duración de los procesos que en la mayoría de los casos es bastante considerable, b) la posibilidad de que se introduzca un margen de inseguridad en el proceso en lo concerniente a la ejecución y contenido de las diversas actuaciones de los sujetos procesales así como de las resoluciones judiciales, c) que no es aconsejable una desvalorización total de la prueba documental, como sucedería en caso de una aplicación irrestricta del principio de publicidad y d) que en la fase ejecutiva del proceso la importancia y utilidad de la oralidad decrece, cuando no desaparece por entero⁷³. Por ello se orientan los derechos procesales modernos hacia un sistema mixto: preparación escrita y debate oral⁷⁴. Se trata, por tanto, de determinar que segmentos del proceso conviene desarrollarlos en forma escrita y cuales otros en forma oral. Con todo, no debe ponerse hoy en duda que la introducción de la oralidad, a través del establecimiento de un debate oral, contribuye en gran medida a mejorar el sistema de comunicación procesal, pues supone el contacto directo de cuantas personas intervienen en el litigio. En este sentido apunta la posibilidad de exponer verbalmente los hechos y el derecho propios y rebatir de igual forma los del contrario, así como la oportunidad de eliminar las contradicciones y falta de claridad que se puedan presentar en el discurso de los sujetos procesales sin pérdida de tiempo⁷⁵. Todo ello le impone a la discusión, agilidad y rapidez. Además no debe perderse de vista en este sentido que gracias a la oralidad puede formarse el juez una impresión directa de los intervinientes en el proceso, así como de la disposición de ánimo y cualidades éticas con que éstos actúan⁷⁶. La existencia de procesos totalmente escritos contra-

71 El principio de la escritura orienta el curso del proceso de manera sucesiva y monogal, lo que impide "la real comunicación entre los sujetos y la tarea conjunto de los mismos, a través de su desarrollo, sin lo cual no existe verdadero proceso". "El proceso en que predomina la escritura, en que ésta no es elemento complementario (preparación de la audiencia: registración indispensable) sino modo de expresión fundamental de los sujetos, trae consigo el alejamiento entre éstos y la acentuación de la formalidad". Así: Gelsi Bidart. La humanización del proceso, p. 297.

72 Ver: Jauernig, *op. cit.*, p. 88. En igual sentido: Baumann (Jürgen), *op. cit.*, pp. 55-56.

73 Así: Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, p. 221.

74 *Ibid.*, p. 220. También, Baumann (Jürgen), *op. cit.*, p. 56. Además: Heinz Schwab (Karl). Beschleunigung des Verfahrens. En: Humane Justiz, *op. cit.*, p. 31.

75 Así: Jauernig, *op. cit.*, p. 88.

76 Ver en este sentido las observaciones y la bibliografía a que hace referencia: Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, pp. 212 y 213.

viene por tanto el postulado de la humanización. Incluso la doctrina ha llegado a afirmar que "la humanización del proceso escrito no puede consistir sino en sustituirlo *in totum* por el proceso oral..."⁷⁷, manifestación ésta que debe entenderse, no en el sentido de establecer un proceso absolutamente oral, por las inconveniencias apuntadas, sino más bien como llamado al establecimiento de una fase de juicio oral. Por lo demás, el adecuado funcionamiento del principio de la oralidad supone normalmente: 1) Inmediación. Se trata de que el juzgador entre en contacto directo, íntimo e inmediato con las alegaciones y material probatorio que sean presentados en el debate, de que *hable directamente* con los partícipes de la litis, a fin de que recoja de esta forma las impresiones que habrán de determinar su ánimo y plasmarse luego en sentencia⁷⁸. Por ello el principio de la inmediación debe regir dos momentos diversos: el de la práctica de la prueba y el de la elaboración de la sentencia, siendo así conveniente que el tribunal sentenciador sea además el que evacúa las pruebas⁷⁹; 2) Concentración. La eficacia de la inmediación se pierde con el tiempo. Las impresiones del debate tienden a desaparecer a las pocas horas y los recuerdos se tornan inexactos. Por ello resulta necesario concentrar los actos procesales en la menor cantidad posible y en el lapso de tiempo más corto que pueda concebirse, esto es, en una sola audiencia o, de ser necesario, en varias muy próximas, a fin de que los recuerdos no se borren de la mente del juez⁸⁰. Queda ahora por analizar el problema de la publicidad del proceso. Como ya se dijo, oralidad y publicidad funcionan como principios hermanos. La publicidad es generalmente consecuencia de la oralidad, ya que resulta difícil combinar el carácter público de un proceso con su naturaleza escrita⁸¹. Su finalidad es la de reforzar la confianza del pueblo en la administración de justicia, ya que es conforme a la naturaleza de los hombres el desconfiar de los procesos que se realizan a puerta cerrada⁸². En el carácter de instrumento para acercar la justicia al pueblo se ha querido ver el valor de la publicidad para la humanización del proceso⁸³. No obstante, debe señalarse que la importancia de este principio en el proceso civil es notablemente menor que la que pueda tener,

77 Así: Gelsi Bidart, la humanización del proceso, *op. cit.*, p. 206.

78 Así: Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, p. 221.

79 *Ibid.*, p. 223.

80 Sobre el principio de concentración véase en este sentido: Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, pp. 205-227.

81 Habscheid. Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé. En: *Towards a justice with human face*, *op. cit.*, p. 63.

82 Así: Jauernig, *op. cit.*, p. 89. También: Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, p. 228.

83 Fairén Guillén (Victor), *op. cit.*, p. 228.

por ejemplo, en el penal, laboral o agrario, ya que la naturaleza de los casos que se ventilan en el primero sólo muy raramente despierta el interés de la colectividad⁸⁴. Además no puede perderse de vista el hecho de que la presencia de terceros en el debate en que se discuten asuntos de carácter estrictamente privados tendría el efecto de alejar la discusión de esos conflictos de los tribunales de justicia⁸⁵. Finalmente debe destacarse que la puesta en funcionamiento de los anteriores principios supone normalmente un aumento del personal judicial para dar adecuada atención a todas las audiencias que se presenten y evitar situaciones de *stress procesal*⁸⁶. Ello hace que a menudo la lucha por la oralidad asuma un carácter económico — y no pocas veces político —, bajo la forma de búsqueda del presupuesto necesario para tal fin⁸⁷.

8.4. *Sencillez de formas y rapidez de los procedimientos*

El legislador debe eliminar a la hora de reglamentar el proceso todos aquellos formalismos innecesarios, que enturbian la transparencia del curso procesal y lo hacen incomprensible para el común de los hombres⁸⁸. A su vez debe procurar la simplificación de los procedimientos, con miras al establecimiento de un mayor grado de celeridad en el actuar judicial⁸⁹. Pero debe tenerse presente que la introducción de procedimientos más sencillos y rápidos debe hacerse sin perjuicio del derecho de defensa en juicio, que es elemento esencial del concepto del debido proceso.

84 Jauernig, *op. cit.*, p. 90.

85 En efecto, es difícil para las partes y testigos comprender porqué sus problemas privados deben ventilarse ante un "público cuestionable", tan sólo por el hecho de encontrarse en un tribunal de justicia. El derecho a la tutela de la intimidad parece en estos casos chocar con el principio de publicidad. Así: Jauernig, *op. cit.*, p. 90.

86 El concepto de *stress procesal* lo utiliza: Fairén Guillén (Victor). *op. cit.*, p. 229.

87 Véanse en éste sentido las razones que para la renuncia a la introducción de la oralidad en el nuevo Código de Procedimientos Civiles Costarricense, de la correspondiente Comisión Redactora. Entre otras razones, se indica que "...tomando en cuenta la cantidad de procesos existentes en cada uno de los circuitos judiciales, sería necesario crear un número grande de tribunales colegiados que responda a un previo estudio estadístico y a la circunstancia, propia de la oralidad y de la naturaleza de este tipo de procesos, de que celebrada una audiencia en la mañana, la sentencia deberá producirse en la tarde, salvo desde luego que la prueba sea abundante por cuyo motivo fuese necesario celebrar otras audiencias. Eso significaría un fuerte egreso para el Estado lo cual contrastaría, en estos momentos de crisis, con la austeridad recomendada como una de las formas de solventar dicha crisis." Así: Comisión Redactora. Proyecto de Código Procesal Civil. Exposición de Motivos, *op. cit.*, p. 29.

88 Así: Gelsi Bidart, la humanización del proceso, *op. cit.*, p. 285.

89 Una administración de justicia con carácter humano supone la rápida tramitación de los asuntos judiciales en conexión con las garantías de una decisión adecuada y justa. Así: Wolf (Manfred), Juristen und andere Rechtspflegeberufe. En: Humane Justiz, *op. cit.*, p. 177.

8.5. Instrucción de la población

El éxito que pueda tenerse en la tarea de hacer del proceso algo más humano, más cercano al hombre común, depende en mucho de que se tomen medidas concretas para mejorar el conocimiento que tienen las personas de sus derechos y de los medios legales para hacerlos valer⁹⁰. No es suficiente por lo demás que el ciudadano se limite a hacerse representar por su abogado en juicio. Mas bien debe estar conciente de su rol de sujeto del proceso y prepararse mejor para participar activamente en la formación del diálogo judicial⁹¹.

9. A manera de conclusión

La lucha por la humanización es una de las exigencias del llamado *proceso social*⁹², cuya importancia no puede minimizarse en ningún Estado que se precie de ser democrático. Lo importante en esta tarea no es ver los pasos que ya se han dado por constituir un proceso más cercano al hombre común. Más valioso es preguntarse que falta por hacer en este sentido en cada ordenamiento jurídico. Actualmente se habla, por ejemplo, de la importancia que puede tener la informática para acelerar la labor de los tribunales y de la necesidad de que los edificios en que se imparte justicia se construyan de forma tal que inviten al diálogo y pierdan la naturaleza intimidatoria que de ordinario tienen⁹³. Una mayor resonancia social de la administración de justicia será, en definitiva, el premio del empeño por humanizar el proceso. Por lo demás, puede aplicarse a los jueces la sentencia de Goethe: "Soll er strafen oder schonen, mus er Menschen menschlich sehn"⁹⁴.

90 Wassermann, *op. cit.*, p. 35.

91 *Ibid.*, p. 86. Interesante es la experiencia de los llamados "cursos de extensión universitaria", que sobre temas jurídicos — entre otros —, ha puesto la Universidad de Costa Rica desde hace algún tiempo al servicio de la población. Estos cumplen un papel importante en la tarea de humanizar el proceso por medio de la concientización de los ciudadanos con respecto a sus derechos y su rol ante los tribunales de justicia.

92 Así Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, *op. cit.*, p. 92.

93 Ver: Makowski (Roland), *Gefahren für eine effektive Anwendung des Rechts*, *Deutsche Richterszeitung*, abril, 1991, 128. Ver además: Laage (Gehart), *Gerichtsbauten — Bollwerke der Einschlüchterung* —. En: *Menschen vor Gericht*, *op. cit.*, p. 149.

94 "Ya sea que castige o indulta, debe mirar a los hombres humanamente". Goethe, en: "Der Gott und die Bajadere." Citado por Wassermann, en: *Justiz mit menschlichem Anteil*, *op. cit.*, p. 37. (Traducción libre).

O Combate à Corrupção e à Criminalidade no Brasil: Cruzadas e Reformas

GERALDO BRINDEIRO

Doutor em Direito pela Universidade de Yale (EUA) e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Brasília, é Subprocurador-Geral da República e Vice-Procurador-Geral Eleitoral

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *A modernização da legislação penal e processual penal.*
3. *A criminalidade e os valores éticos.*
4. *A reforma do sistema penitenciário.*
5. *Os crimes do colarinho branco e o crime organizado.*
6. *O Ministério Público e o "plea bargaining".*
7. *A sonegação fiscal e a Justiça Tributária.*
8. *A modernização do Estado como meio de combate à corrupção na Administração Pública.*
9. *A realidade cultural e o jeito brasileiro.*

1. *Introdução*

A corrupção tem sido um mal crônico no Brasil. Há muitos anos vêm sendo noticiado casos de corrupção e fraude dos mais variados tipos no País. É preciso extirpar o mal de vez do nosso meio ou pelo menos diminuí-lo gradativamente, antes que seja tarde demais. As elites devem tomar consciência da gravidade do problema e da necessidade de adotar medidas urgentes e enérgicas para preservar a confiança da população nas instituições políticas e jurídicas.

A eficácia da ordem jurídica não depende apenas da punição dos infratores pelos órgãos do Estado. Depende também da existência de outras normas éticas, além das normas jurídicas — como as normas morais e religiosas, cuja validade seja reconhecida e posta em prática pela maioria da população.

A criminalidade e o desrespeito à autoridade pública resultam quase sempre da ausência de valores. Mas podem ser estimulados por outros fatores condicionantes da liberdade dos agentes criminosos. O mau exemplo e a impunidade sem dúvida terão neles um efeito multiplicador.

O Congresso Nacional, especialmente o Senado Federal, tem procurado exercer efetivamente o seu papel no combate à corrupção e à fraude na administração pública. Várias Comissões Parlamentares de Inquérito têm sido criadas ao longo dos anos para apurar os fatos criminosos noticiados pela Imprensa. A Constituição atual confere poderes de investigação próprios das autoridades judiciais a tais comissões. E suas conclusões, se for o caso, devem ser encaminhadas ao Ministério Público Federal para promover a responsabilidade criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3.º).

É verdade que recentemente, como consequência das investigações realizadas por Comissão Parlamentar de Inquérito do Congresso Nacional, houve até mesmo a instauração de processo de *impeachment* contra o Presidente da República para afastá-lo definitivamente do cargo pelo Senado Federal por atitude incompatível com suas responsabilidades como Chefe do Governo (Constituição Federal, art. 52, I, parágrafo único, c/c art. 85). Além disso, foi ainda formulada denúncia pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal por crime comum praticado pelo Presidente da República. Tais fatos, sem dúvida, têm um profundo significado na História do combate à corrupção e à criminalidade no País.

No entanto, é preciso evitar que tais iniciativas não resultem em meras cruzadas moralizadoras periódicas sem os efeitos práticos desejados. É necessário paralelamente realizar reformas permanentes através da ação legislativa imediata do Congresso Nacional.

2. *A modernização da legislação penal e processual penal*

O Código Penal e o Código de Processo Penal do Brasil foram editados em pleno Estado Novo, por decreto-lei, em 1940 e 1941, inspirados em modelos italianos da época do fascismo.

Nesse meio século do pós-guerra, porém, houve maiores mudanças na vida nacional do que nos dois séculos precedentes. O desenvolvimento da ciência, da tecnologia e dos meios de transportes e comunicação de massa transformaram o País. A população passou de 40 para 140 milhões de habitantes, a maioria — hoje — na área urbana. As relações humanas e jurídicas no Brasil contemporâneo são bem diferentes das existentes 50 anos atrás.

É evidente, pois, o anacronismo da legislação penal e processual penal brasileira, a despeito de revisões e reformas recentes importantes. Ela

não atende às necessidades normativas para a solução dos problemas atuais da criminalidade no País.

A parte geral do Código Penal foi alterada por lei com base em projeto elaborado por renomados juristas brasileiros em 1984. O mesmo ocorreu em relação ao processo das execuções penais. Ambas as reformas implicavam melhorias significativas — mas não suficientes — no direito penal e no direito processual penal do País. Os fatos têm demonstrado que as reformas precisam ser mais amplas.

A tentativa malograda da edição em 1969 de um novo Código Penal e a elaboração de projetos para um novo Código de Processo Penal, enviados ao Congresso Nacional em 1975 e em 1983, são evidências da necessidade de modernização.

A modernização da legislação penal e processual penal brasileira, aliás, é uma imposição até mesmo para compatibilizá-la com as inovações da Constituição de 1988.

3. *A criminalidade e os valores éticos*

A criminalidade pode resultar da ausência do Estado na defesa de direitos, especialmente de direitos constitucionais — como o direito de propriedade e o direito à vida. São exemplos dramáticos disso os linchamentos, os esquadrões da morte e a segurança privada.

No vácuo jurídico, os interessados — para se defender dos criminosos — encontram soluções nem sempre aceitáveis do ponto de vista ético ou mesmo jurídico. A criminalidade, então, pode resultar da defesa contra o próprio crime.

No entanto, a criminalidade — violenta ou não — resulta, em última análise, da ausência de valores. Outros fatores podem condicionar a liberdade dos agentes criminosos. Mas sua conduta antijurídica resulta essencialmente da sua não-aceitação dos valores morais e éticos vigentes na sociedade e incorporados nas normas jurídicas.

A miséria absoluta, sem dúvida, é um dos fatores condicionantes da criminalidade. A solução para o mais grave problema do País, e síntese de todos os demais, a nosso ver — o problema dos menores abandonados, não se pode limitar a lhes proporcionar condições para uma vida material digna. Devem ser trazidos ao convívio social pela educação e cultura dos valores ético-jurídicos da sociedade. É evidente que, sem educação e sem o mínimo para subsistência material, permanecerão como *out-laws* — foras-da-lei — como crianças e, depois, como adultos.

Vê-se, assim, que o significado da expressão Estado de Direito não se pode referir apenas à legitimidade do poder num regime democrático e às limitações desse poder em face das liberdades e direitos fundamentais.

Deve referir-se também e sobretudo às garantias asseguradas pelo Estado para o exercício de tais direitos pelos cidadãos.

4. *A reforma do sistema penitenciário*

Muito se tem falado de impunidade, mas sabe-se que há cerca de 300 mil mandados de prisão não cumpridos no País por falta de condições materiais. Para aproximadamente 50 mil vagas, há 100 mil presos nas penitenciárias estaduais.

Para um País de cerca de 140 milhões de habitantes, o índice de criminalidade não é alarmante. Mas urge, modernizar não apenas a legislação penal e processual penal como também e, sobretudo, o sistema penitenciário brasileiro. Deve-se adotar no País, a nosso ver, um sistema federal para determinados tipos de crimes, como o tráfico de drogas, o contrabando e o crime organizado.

A justiça penal, além disso, nos casos de crimes não-violentos menos graves, deveria sempre que possível substituir as penas privativas de liberdade pelas de prestação compulsória de serviços de interesse geral da comunidade. Já o permite a lei e a própria Constituição (CF, art. 5.º, XLVI, d).

É evidente que — sem lugar nas penitenciárias estaduais — o retorno dos criminosos violentos às ruas vem agravar a situação. Nesse contexto, é uma ilusão pensar que a adoção da pena de morte no Brasil viria a diminuir a violência urbana. A pena de morte, na verdade, não nos parece compatível com os valores da cultura brasileira. E é vedada pela Constituição, que não permite emendas para adotá-la (Constituição Federal, arts. 5.º, inciso XLVII, alínea p, e 60, § 4.º, inciso IV).

É preciso eficácia na repressão à criminalidade e na segurança da sociedade. Mas impõe-se o respeito à integridade física e moral do presidiário, que não deve ser submetido a tratamento cruel ou degradante (Constituição Federal, art. 5.º, inciso XLIV; Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 5.º)

Fatos recentes chamaram a atenção para a gravidade da situação no sistema penitenciário brasileiro, há muito observada pelos estudiosos na matéria.

5. *Os crimes do colarinho branco e o crime organizado*

A impunidade em matéria de corrupção e fraude diz respeito aos chamados *white-collar crimes*, denominação usada pelos criminalistas americanos desde a década de 50 (vide Edwin H. Sutherland, *The white Collar Crime*, 1949). Trata-se de crimes sofisticados, praticados no curso da ocupação dos próprios criminosos, geralmente grupos organizados, na administração pública, nos bancos, no mercado financeiro e na indústria,

dentre outros, em prejuízo da população em geral. São crimes cometidos em detrimento de bens públicos, contra o consumidor, os usuários de bancos e os investidores no mercado de capitais, dentre outros. Sua prática quase sempre requer o emprego de moderna tecnologia, como computadores, falsificações científicas, processos químicos modernos, meios de transporte e comunicação contemporâneos, etc.

A Justiça brasileira — entendida aqui como o trinômio Polícia/Ministério Público/Judiciário — não está adequadamente aparelhada para combater a prática de tais crimes. Os fatos falam por si mesmo. É preciso modernizar a Justiça fornecendo-lhe os instrumentos necessários para fazer frente ao crime organizado.

Nos Estados Unidos da América, o Congresso aprovou em 1970 o "Organized Crime act", estabelecendo penas rigorosas para os casos de crimes de corrupção, fraude, tráfico de drogas e outros, e definindo-os como crimes federais sujeitos a repressão pelo FBI e à jurisdição federal desde que a prática envolva atividades em mais de um Estado da Federação. Dentre as penas mais rigorosas, além de prisões e multas, estão as de *forfeiture e property seizure*, que implicam perdas de bens em face do enriquecimento ilegal por meio do crime ou como compensação pelos danos causados.

A Constituição do Brasil prevê as penas de multa e perda de bens, a ser reguladas em lei (Cf. art. 5.º, XLVI, *b e c*). E estabelece também que "infrações cuja prática tenha repercussão interestadual... e exija repressão uniforme" devem ser apuradas pela Polícia Federal, cabendo ao Congresso Nacional regulamentar a matéria (CF, art. 144, § 1.º, I).

Pode-se, assim, instituir no País penas de perda de bens ou penas pecuniárias de grande valor para os chamados "crimes do colarinho branco". E isso, a nosso ver, não só tornaria mais eficaz a ação da Justiça contra o crime organizado, mas também tenderia a desestimular a prática de tais crimes.

A Constituição prevê a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes praticados em detrimento de bens e serviços da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas ou contra o sistema financeira (CF, art. 109, VI). E o Ministério Público Federal pode promover a ação penal pública, na forma da lei (CF, art. 129, I).

Restaria apenas emendar a Constituição para incluir na competência da Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes de corrupção e fraude cuja prática tenha repercussão interestadual. E não há dúvida de que as investigações levadas a efeito pela Polícia Federal em todo o País sobre a corrupção e a fraude, já previstas no texto constitucional, facilitariam a ação do Ministério Público Federal e da Justiça Federal na repressão uniforme à prática de tais crimes.

Na verdade, setores responsáveis da vida pública nacional têm observado o risco de vir a ser considerada simplesmente *lex simulata* a legislação em vigor no País sobre os chamados *white-collar crimes*.

A definição legal de tais crimes não é adequada e as sanções jurídicas a eles impostas são ineficazes por serem excessivamente leves.

As elites esclarecidas dos países mais desenvolvidos do mundo têm procurado separar o joio do trigo, conscientes do óbvio interesse comum na manutenção da credibilidade do sistema. É evidente que num sistema jurídico moderno, ao lado das garantias constitucionais do direito de propriedade e do *due process of law*, dentre outras, é imperativa a necessidade de eficácia da ordem jurídica na punição dos culpados.

6. O Ministério Público e o "plea bargaining"

A ineficácia no combate ao crime no Brasil tem sido amplamente reconhecida. Os casos graves sem solução por falta de provas atingem números alarmantes. Para diminuir tais estatísticas, tão destrutivas da credibilidade do sistema, cremos que se deva adotar no País — tal como o fizeram inúmeros países da Europa Continental — o chamado *plea bargaining do Direito Anglo-Americano*.

Tal instituto — típico do pragmatismo anglo-saxão — tem permitido nos EUA o combate eficaz contra o tráfico de drogas, a máfia e o crime organizado. Consiste em síntese, no processo pelo qual o acusado e o promotor público realizam um acordo através do qual o primeiro será denunciado por crime menos grave em troca de informações que permitirão denunciar os culpados dos crimes mais graves. O acordo normalmente inclui o acusado num programa de proteção das testemunhas, que podem estar sob risco de vida. E deve ser homologado pelo Juiz ou Tribunal.

Parece-nos inteiramente oportuno e necessário adotar instituto análogo no País pelo menos relativamente aos crimes mais graves supramencionados e outros, como o seqüestro. O que a sociedade realmente deseja é que pelo menos os grandes criminosos não fiquem impunes.

7. A sonegação fiscal e a Justiça Tributária

Há décadas sabe-se que, no Brasil, a sonegação fiscal do Imposto de Renda tem atingido índices alarmantes em torno de 47%. Tais índices não são encontrados em nenhum país do mundo. Em geral, a sonegação considerada normal é de 10 a 15%. E note-se que há ainda a sonegação de outros impostos federais, estaduais e municipais.

É evidente, pois, a necessidade de reforma no sistema de arrecadação e fiscalização. Não é possível continuar os que já pagam impostos arcando com ônus tributários cada vez maiores para cobrir o *déficit* público.

“Impostos são aquilo que pagamos pela sociedade civilizada”, dizia o *Justice Holmes*, da Suprema Corte americana. Todos devemos contribuir para o bem comum numa sociedade democrática. Mas nela há princípios estabelecidos na Constituição que asseguram a Justiça Fiscal. Dentre eles estão o da isonomia e o da capacidade contributiva do contribuinte que não permitem tolerar a existência de parasitas e impostores.

Os princípios da legalidade e da anterioridade são, como o da isonomia, clássicos no Estado de Direito. Desde a Magna Carta de 1215 exige-se a aprovação dos representantes do povo para a cobrança de impostos: “No taxation without representation”. A imunidade recíproca procura preservar a integridade da federação. A Suprema Corte americana, no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), consagrou o princípio que adotamos desde a Constituição de 1891. A imunidade das instituições de educação e de assistência social privilegia tais atividades no interesse público. E a imunidade de templos de qualquer culto, dos jornais e periódicos e dos Partidos Políticos visa a proteger a liberdade de crença, a liberdade de expressão e a liberdade de associação para fins políticos.

Um sistema tributário justo e eficaz não pode prescindir de princípios. Numa sociedade democrática não se pode arrecadar impostos para obter recursos financeiros para a máquina estatal a qualquer custo, ignorando princípios básicos de Justiça Fiscal.

8. *A modernização do Estado como meio de combate à corrupção na Administração Pública*

A modernização do Estado — e não apenas da Justiça — é indispensável para diminuir a prática da corrupção e da fraude na administração pública. O tamanho excessivo do Estado e a falta de controle da burocracia certamente facilitam o cometimento dos chamados “crimes do colarinho branco”.

Os crimes em geral consistem não apenas no desvio de dinheiros públicos, mas também no uso de propinas para “facilitar” a realização de serviços públicos legais. A simples obtenção de certidões, os registros de documentos, os empréstimos, as concessões e as autorizações, dentre outros serviços, podem requerer “custos” extras.

Além disso, a corrupção pode ainda consistir em realizar “serviços” ilegais no âmbito da administração pública. Fraudes nas licitações, facilidades na sonegação fiscal e na liberação de multas, dentre outros, podem ser obtidos por “preços” mais elevados na burocracia corrompida.

O Estado burocrático, por outro lado, tem ocasionalmente oferecido estímulos — não à iniciativa privada —, mas à inércia privada ou pública,

assegurando recursos públicos a empresas ineficientes e falidas, verdadeiros parasitas da sociedade.

É preciso, pois, modernizar o Estado, reduzindo o seu tamanho, a fim de permitir maior eficácia no exercício do seu papel constitucional de promover o bem-estar geral, especialmente nas áreas da educação e da saúde, e garantir, assim, efetivamente, o pleno exercício das liberdades e dos direitos fundamentais.

9. *A realidade cultural e o jeito brasileiro*

Um autor francês já disse que o jeito brasileiro pode ser definido como "uma maneira engenhosa de tornar o impossível possível; o injusto, justo; o ilegal, legal" (vide C. Morazé, *Les Trois Âges du Brésil*, 1954). Prefiro acreditar, como Gilberto Freyre, que o jeito brasileiro "é o talento para o compromisso, a chave para o sucesso do Brasil no desenvolvimento de uma sociedade moderna, forte e humana na América Tropical".

A consciência coletiva dos valores morais e éticos inerentes ao cristianismo praticado no País — que repudia a corrupção — é uma realidade cultural brasileira ignorada apenas pelos cínicos. Com grande lucidez, já observaram tal fenômeno os maiores líderes políticos nacionais.

Evidentemente não se trata de uma sociedade moralista e puritana. O jeito brasileiro, na verdade, como diria Gilberto Freyre, permite a convivência solidária da maioria da população num clima de liberdade e tolerância recíproca.

A grande manifestação popular nos últimos meses contra a corrupção, na verdade, veio a demonstrar mais uma vez — como em muitas outras ocasiões na História do País — que não têm razão os que consideram a corrupção como parte integrante da cultura nacional. A "cultura da corrupção" é cultivada apenas por alguns setores decadentes da sociedade, contaminados pelo materialismo cético — que preconiza a vantagem a qualquer preço — e pelo poder ilimitado não submetido a controle social eficaz.

É preciso, pois, preservar e desenvolver os valores morais e éticos da nossa cultura ameaçados pelo mau exemplo e pela impunidade. Para isso é indispensável realizar não apenas cruzadas, mas também reformas.

Há sempre uma grande esperança nos corações e nas mentes dos otimistas para dizerem, como o poeta florentino há 700 anos: "Meu guia e eu entramos, sem descanso, para retornar ao mundo justo, até avistarmos as luzes do paraíso, crescendo numa abertura circular da caverna, e daquele lugar, novamente pudemos ver as estrelas" (*A Divina Comédia*, Dante Alighieri, 1300).

Liderança Parlamentar

Prof^ª ROSINEITH MONTEIRO SOARES

UnB Rel. 1992

A despeito da baixa institucionalização¹ dos partidos no Brasil, seus líderes foram uma presença destacada no cenário político nacional. A maioria dos nomes ilustres ligados ao cenário político nacional mostrou seu brilho no Parlamento através de lideranças partidárias. As lideranças do Parlamento ou especialistas associados às conjunturas políticas que elas decidiram constituem a galeria de nomes ilustres de nossa História. É verdade que, freqüentemente, foram também personalidades mais ligadas à bandeira que abraçavam. Foram talvez mais conhecidos por tais bandeiras que pela sua condição de líder parlamentar². Os fatos que os teriam destacado não foram sempre associados a sua ação sistemática em torno da plataforma partidária, mas formal ou informalmente foram líderes no contexto legislativo.

Como no governo imperial, em que o Brasil ainda se iniciava na prática parlamentar, também no período republicano muitas personalidades se destacaram como líderes da atividade cívica, nem sempre identificada com a liderança política, vinculadas ou não a partidos. Sobrepujavam o

1 O conceito de institucionalização adotado é o de vinculação e aceitação pública, como em Etzioni e Simon em suas obras de Administração Pública.

2 O líder parlamentar é hoje figura regimental, eleita pelo partido nos termos do art. 12 da Resolução nº 17, da Câmara (antigos arts. 8 a 10 da Resolução nº 30/73).

partido. Era indispensável a atuação de líderes fortes para a consolidação da República. De fato, a cada novo modelo³ adotado pelo Estado os líderes partidários ou independentes desenvolvem um papel relevante na sua consolidação.

Quando determinado modelo de Estado parece consolidar-se, institucionalizando sua estrutura governamental, o destaque maior se observa por parte dos líderes que pretendem mudá-lo. E será tanto maior quanto se demonstre a necessidade dessa mudança. Nas revoluções, quando há um partido por trás das mesmas, o vencedor determina o modelo, e a liderança tanto foi imprescindível para a vitória como o será para sua implantação.

Se o partido adota um modelo de Estado e o líder se demonstra eficiente na sua implantação, líder e partido se firmam juntos. Portanto o destaque não se faz na sociedade tão-somente ao líder partidário. Faz-se, exatamente, e na mesma medida, a ambos, quando o partido é vinculado aos princípios que baseiam as mudanças desejadas. Quanto mais ele se organiza em torno dessas mudanças, mais se destacam seus líderes no trabalho em prol das mesmas. O mesmo se dá em relação inversa quanto à vinculação da luta contra a adoção de um modelo por parte de um partido e seus líderes. Nesse caso o herói é o defensor do modelo que permaneceu, sempre um líder político em oposição ou resistência à mudança então proposta ou adotada.

Num Estado consolidado, que já não muda de modelo de modo tão visível no tempo presente, o líder partidário passa à função de um mero administrador da manutenção do poder e da consecução dos objetivos do Partido. É, de fato, o gerenciador da adoção das reformas que aos poucos transformam o panorama nacional. Sua atuação e sua figura se tornam mais discretas, mas indispensáveis à permanência de sua sigla na situação hierárquica que alcançou no Estado. Nesse caso, as várias personalidades que se destacam no cenário político estão em outras posições, como no Estado norte-americano. São líderes partidários cujo nome se associará a feitos internos do partido ou instituição nacional superior, o próprio Congresso ou a Presidência da República.

Na Câmara dos Deputados americana (House of Representatives), as Comissões são o cenário onde se processa a negociação política mais relevante. É ali, pois, que os líderes mais se destacam. Outras vezes os presidentes (speakers) da própria Câmara é que se tornam figuras brilhantes, pela sua capacidade de articulação dentro da instituição legislativa. Já no Senado americano, além dos Presidentes das Comissões, os líderes par-

³ Conceito de modelo emprestado de Hélio Jaguaribe. *Desenvolvimento Político, Estudos*. Editora Perspectiva, 1976.

tidários têm tido maior destaque que na Câmara. Eventualmente, eles acabam obtendo visibilidade pública para alcançar a Presidência da República, como no caso do Presidente Eisenhower ⁴.

Essa diferença quanto ao destaque da liderança partidária nas duas Casas do Congresso americano se deve a mais de um motivo. Enquanto na Câmara os líderes partidários exercem uma função de perfil mais moderado, mesmo que de destaque perante o eleitorado regional, no Senado eles têm maior visibilidade porque se dirigem a problemas de âmbito nacional. Além disso o formato da própria instituição da liderança se dá com mais coesão no Senado, como também é mais coesa no Congresso americano que no brasileiro ⁵.

Na América adota-se um desenho organizacional em que a liderança é fortalecida pela presença de hierarquia superior do próprio Partido no Congresso. Ali também prevalecem regras diferentes de organização congressual, em que "o vencedor leva tudo", definindo todos os postos-chaves da Casa quando detém a maioria. No bipartidarismo isso se torna possível e dá enorme prestígio à liderança partidária. Ela é fortemente consolidada, no Congresso, e em cada uma de suas Casas.

A consolidação da liderança no Congresso reflete mais fortemente sobre o líder partidário do Senado. Torna-se natural que o líder vindo da chamada Câmara Alta passe a ser visto com a deferência associada a uma hierarquia superior. Todos os Senados do mundo têm uma tradição de superioridade hierárquica e deferência, que nem sempre tem significado de mais poder efetivo. Essa visão, provavelmente, advém da sua origem de indicação entre os nobres ⁷. Mantém-se ainda pela visibilidade pública, via média que lhe permite uma Casa de dimensão menor. Ali é possível ao jornalista conhecer cada Senador. Isso não é possível em relação às Câmaras de Deputados, sempre muito amplas.

O trabalho das lideranças parlamentares, como ademais a própria instituição parlamentar no Brasil, já frágil por consequência da sua base partidária, sofreu considerável deterioração durante os governos autoritários

4 Ver a forma como o líder do Senado se projetou no cenário nacional até chegar à Presidência da República. *Keystone of American Democracy*.

5 Referimo-nos à instituição do caucus em que o Partido se vincula fortemente ao Congresso, atuando junto às lideranças e definindo a política do Congresso ao definir a da maioria.

6 Note-se que há deferência flagrante ao Senado em todas as nações. A respeito veja-se artigo de nossa autoria Bipartidarismo, que inserimos em nosso trabalho *A Sociedade e o Congresso Brasileiro pós-Constituinte*.

7 A associação de Câmara Alta é rigorosamente ligada ao Parlamento Britânico, em que essa é a Casa dos Lordes, enquanto a Câmara dos Representantes é a do povo.

de 1964 a 1985. Durante a Constituinte ela iniciou sua recuperação e tem-se elevado, sobremaneira, no cenário nacional⁸. Hoje os líderes partidários começam a ser figuras de destaque na agenda política.

A Constituição outorgada de 1967 dava ao Congresso um papel quase apenas legitimador⁹. Eram poucas as oportunidades de iniciativa; a centralização da alocação de recursos era total. Os parlamentares, mesmo líderes, tiveram que se acomodar a um discurso de resistência e à intermediação das negociações entre a comunidade e a burocracia governamental. Os líderes desse período eram muito pouco considerados pelo poder que sustentavam, às vezes com sacrifício pessoal e constante exercício de humildade.

Só com a sucessiva reconquista das prerrogativas do Congresso, a figura do líder partidário no Parlamento vem retomando seu lugar no contexto político, *passi passu* sua própria instituição. A organização social que experimentamos no presente tende a valorizar a representação plural. A própria organização da sociedade mais densa desde a Constituinte demonstrou ao cidadão, em especial aos componentes dos demais poderes e líderes intermediários das várias comunidades, a necessidade de um porta-voz do partido.

O líder parlamentar é o porta-voz do partido. Ele o representa em toda parte e age como intermediador da sua própria força entre os componentes que buscam carreira e posições onde melhor servir seus objetivos políticos. O partido, portanto, o coloca como seu gerente no processo da elaboração legislativa, da instituição partidária e da busca partidária do poder. Seu trabalho inicial é no processo legislativo, mas não apenas nesse, mas em toda a negociação interpartidária na tomada de decisões nacionais. Sua obrigação é elevar o partido e conseguir a implementação de seu programa na Casa onde lidera a bancada.

Depois da Constituinte as decisões mais relevantes de políticas públicas tendem a centrar-se no Legislativo, uma demonstração de que a sociedade se desenvolve politicamente. Quanto mais esse processo é intenso, e a negociação mais importante, mais relevante se torna seu gerenciamento. Vai-se tornando indispensável a aquisição de talentos especiais para

⁸ Período pós-Constituição de 1988.

⁹ Ver Poder Legislativo no Brasil, ROSINETHE MONTEIRO SOARES e ARDO BAAKLINI, Câmara dos Deputados, 1975.

a negociação para que o líder exerça bem sua função, nas Casas do Congresso e fora delas. Ele tem, ademais, que considerar os interesses do partido e os seus próprios interesses políticos, inclusive como líder.

No passado, experimentamos um baixo nível de organização social e conseqüente baixa institucionalização dos partidos¹⁰. Isso se dava mesmo nos curtos períodos de normalidade democrática. Essa circunstância histórica deixou de destacar o líder como tal. Era um período de autoridade carismática que, portanto, prestigiava o indivíduo, o líder dissociado do partido, como personalidade brilhante. Ele era um líder, mas não tinha uma organização partidária a que estivesse realmente vinculado. Foram personalidades que só apareceram por sua capacidade de gerenciamento político, que exerciam com dificuldade e a despeito da rarefação da organização social da época. Mesmo eleitos, aconteceu na maioria das vezes na história que seu nome se destacou deixando a sigla partidária em segundo plano. Como líderes carismáticos, dispunham de mais conteúdo institucionalizante que o próprio partido.

Poucos partidos brasileiros conseguiram fixar seu nome no conhecimento público, além do trabalho de suas lideranças ou paralelamente às mesmas. Talvez o PSD, a UDN e o PTB, no passado recente. No presente apenas o PT, e, de forma um tanto negativa pela sua associação aos governos autoritários do período 1964/85, o PDS. O que restou do PDS sofre as conseqüências das adesões momentâneas ao poder, a maioria que formava era composta de associações não caracterizadas por vinculação ao perfil liberal do partido. Buscavam apenas o poder e associaram-se ao partido em função dessa proximidade, afastaram-se quando o partido perdeu o poder.

O PSD marcou seu perfil em nível nacional a partir do destaque da habilidade política de negociação de vários de seus líderes. Era um partido conservador, mas não tão liberal como o PDS, tendia para algum tipo de intervencionismo de manutenção do mercado interno. Não foi sem razão que foi associado às características do "mineiro", pois que de Minas Gerais vieram muitos de seus maiores líderes. Já a UDN marcou-se pela sua vinculação originária às elites burguesas. Era mais liberal que o PSD e destacou-se pelo protesto contra o populismo que caracterizava o PTB e não estava ausente do PSD nos anos 50.

Nossos partidos, como se sabe, sempre sofreram de má estruturação e tiveram dificuldade de consolidação. Atribui-se essa distorção, entre

10 COSTA PORTO. *Partidos Políticos Brasileiros*. Ed. UnB, 1985.

outras causas, ao formato original de nossa sociedade. Ela teve durante muitos anos dificuldades de aglutinação, quer pela heterogeneidade de sua composição, como pela vinculação dos grupos mais fortes a interesses alheios à formação de uma nacionalidade. Éramos vários grupos ao início da colonização e seus interesses eram menos que comuns; tinham superposições apenas. Essa superposição cresceu até que formasse um conjunto suficientemente forte que justificasse a independência. Na verdade, os grupos foram aos poucos se tornando interdependentes para constituir uma nacionalidade. Mas interdependência não excluiu os interesses contraditórios, ainda hoje fortes, quanto aos vínculos internos e externos.

Esta é, também, a causa primeira do baixo poder de decisão das lideranças partidárias. Os partidos ainda guardam essa disparidade de interesses, aglutinando-se por razões de curto prazo, dissociadas da razão precípua pela qual um grupo naturalmente se vincularia — o interesse comum — que se expande e se torna nacional — interesse público¹¹. Ora, se um partido é mal estruturado e tem perfil pouco definido¹², torna-se muito difícil a quem o dirige, em todos os níveis, a tarefa de interpretar seu pensamento e conduzi-lo a um objetivo.

O líder partidário, indicado por seu partido às Mesas da Casa respectiva, representa o partido perante a Câmara e delega essa representação aos seus vice-líderes, no Brasil. A cada 5 parlamentares da bancada o Regimento Interno da Câmara dos Deputados permite a indicação de um vice-líder que pode substituí-lo em algumas circunstâncias, mas não em todas. Não pode, por exemplo, na indicação de quem fala pelo partido ou substitui membro de Comissão durante a sessão em que já se procede votação. Nem pode falar a qualquer ponto da sessão para comunicação urgente.

Só o líder pode indicar quem fale em defesa da linha política do Partido durante o período de comunicações parlamentares. Mas há uma série de prerrogativas do líder que é estendida ao vice-líder, como participar dos trabalhos de Comissões, sem direito a voto, e dar a indicação de votação à Bancada em Plenário¹³.

11 Como definido por JOHN DEWEY, *The Public and its Problems*, Henry Hold and Co. 1927.

12 Essa afirmação não é válida para o período constituinte, ou pelo menos não se mostrou definitiva na ocasião como demonstra MARIA D'ALVA. *Revista de Ciência Política da Universidade de Brasília* n° 1, 1989.

13 Ver Resolução n° 30, de 1973, e Resolução n° 17, de 1980.

Note-se que os vice-líderes no Brasil não têm as mesmas funções que as atribuídas em outros Parlamentos, como no americano, por exemplo. Aqui eles não são apenas figuras da execução, ainda bem pouco estruturada em todos os partidos. São também representantes efetivos do vice-líder nas demais oportunidades em que destacamos acima, quando só o líder pode atuar. Na ausência do líder ele é, para quase todos os efeitos, o líder, em Plenário e nas Comissões.

O líder partidário, em toda parte, tem que ouvir seus liderados e receber deles notícias por via dos vice-líderes. Ao menos *a priori* deve fazê-lo, e o faz a miúdo em um sistema partidário pouco estruturado. Ou terá que tomar iniciativas próprias a partir de um roteiro prévio correspondente ao estatuto e programa do Partido. Por hipótese, deve internalizar ou representar o programa do Partido e seus Estatutos. Além disso precisa ter enorme poder de captação para interpretar o pensamento da bancada. Ora, na medida em que Estatutos e Programas sejam apenas simbólicos, pela ambigüidade e paralelismo com os demais partidos, torna-se quase impossível definir metas de trabalho.

Nossos partidos são pouco distintos no que dizem pretender, e incluem membros dissociados do que realmente registraram como plataforma. Os Estatutos dizem quase o mesmo em formato diferente. Seu verdadeiro perfil só se pode captar no tempo quando permanecem no cenário político o suficiente para permitir ao analista ou eleitorado essa captação. Outrossim, são todos minados de elementos que aceitam apenas pela quantidade de votos que representam, sem vinculação de pensamento e comportamento. Ou, alternativamente, abrigam políticos à busca apenas de uma sigla para cumprir exigência da legislação eleitoral. Abrigam-se no partido apenas, sem sentir qualquer obrigação quanto aos seus objetivos programáticos.

Outro problema de desagregação partidária está associado ao fato de que não há fidelidade ao partido nem *esprit de corps* entre os seus membros. Não nos referimos a uma fidelidade decretada, mas a um mínimo de condição essencial para que um conjunto possa realmente ser considerado "conjunto" vinculado a um ideário, e, em função desse, seja liderado.

Alguns dos associados aos partidos a que nos referimos acima, como "aceitos" ou "abrigados" só o são porque em determinado momento tinham capacidade mobilizadora. Essa qualificação não está ligada a suas convicções, mas à sua condição eventual na comunidade. Não pode haver interesse comum em tal grupo que mal pode definir-se como partido. A

fidelidade partidária terá que advir do interesse comum de seus membros, do vínculo percebido pelos participantes, na defesa de um programa definido.

É nossa impressão que partidos fortes advêm de organização social em progresso, e, antes disso, é impossível esse nível de aglutinação. Ora, não tivemos em toda a história senão pequeno nível de aglutinação corporativista, quase sempre liderado a partir de forças exógenas. Elas não poderiam dar origem ao momento seguinte do desenvolvimento político, que seria a busca da articulação dos interesses universalizados a nível partidário.

Um país de Executivos fortes, em todos os períodos de sua História, nunca tem governos que se interessassem realmente por fortalecer o associativismo político¹⁴, mesmo que algumas vezes tenhamos buscado estimular o cooperativismo ou corporativismo, nos seus aspectos econômicos. Esses não conduzem a instituições partidárias, mas a facções em que as partes se dissociam dos objetivos políticos e os entregam a quem lhes produz o benefício econômico. Algumas corporações chegam ao cenário político por força do crescimento descontrolado dentro da própria máquina do Estado¹⁵. Constituem mais uma hipertrofia que conduz ao desvio de função da instituição, que os abriga, que um elemento de progresso político para a comunidade como um todo.

Desde a nossa colonização inicial pelos portugueses, a preocupação era manter ou expandir o domínio sobre o território. A maioria dos governos coloniais e imperiais buscou a centralização tão logo se tinha certeza do território. Durante a República, uma certa elevação da posição pessoal no poder, similar à do Império, prevaleceu e alcança nossos dias. E isso significou, algumas vezes, jogar a estrutura partidária por terra e reconstruí-la sobre os escombros, desde que se mantivesse o poder "imperial" central, com ou sem coroa.

Há excelentes trabalhos sobre o tema, quer quanto a sua análise histórica, a exemplo de Costa Porto¹⁶, quer em termos de vinculação dos fatos da realidade recente ao comportamento partidário na Constituinte, analisado por Kinzo¹⁷

14 COSTA PORTO, *op. cit.*

15 É um fato constatado na Constituição de 1988, na área do Estado, como em algumas forças sindicais parciais, que não tiveram paralelos nas demais profissões.

16 COSTA PORTO, *op. cit.*

17 KINZO, *op. cit.*

Especializa-se ainda no assunto o Professor David Fleischer¹⁸.

Como acréscimo ao quadro de baixa coesão partidária e conseqüente dissociação dos partidos com seus líderes, trouxemos do passado, das metrópoles européias, uma herança cultural baseada em retórica. A realidade de um território pouco ocupado, uma civilização ainda desprovida das belezas do ambiente onde se preparou, era desagradável às elites. A rarefação de condições aglutinativas propícias à existência real de partidos foi por muitos anos negligenciada por quem tentou o desenvolvimento político do Brasil. O pressuposto era de que ele adviria do desenvolvimento econômico sem maiores problemas ou de que seria indesejável por perturbar o crescimento material.

Depois de estabelecidos focos de poder¹⁹, o surgimento natural das condições sociais para a formação de grupos de interesse passou a ser contornado impeditivamente. Por um lado, pretendiam os governantes quase sempre a manutenção das condições de agregação que facilitavam a manutenção do poder já constituído. Por outro lado, vários deles acreditavam, com certo apoio científico, que o desenvolvimento político poderia atrapalhar a formação de estruturas vinculadas ao desenvolvimento econômico. Afirmações do tipo "fazer o bolo social" para depois distribuí-lo prevalecem ainda em algumas opiniões. Constituem mesmo uma certa dicotomia com as idéias de redistribuição da renda paralela ao desenvolvimento.

Havia ainda o fato de que as associações prévias às instituições partidárias eram combatidas por temor de que o Estado se dispersasse. Essa impressão prevaleceu no Brasil e ainda volta, vez por outra, com o temor pela divisão territorial. Foi característica em quase todo o período imperial, depois da independência.

Na República esse temor mostrou-se muito tão forte. A unificação nacional se mostrou tão intensa em alguns períodos que impedia ou controlava a alternância de poder. Vez por outra os líderes sociais acreditavam que a centralização do governo gerava um conjunto de problemas e buscavam a descentralização democrática. Mas sempre se observa a volta do argumento da desagregação para cortar qualquer tendência à descentralização de poder, principalmente daquele advindo das receitas públicas. As providências de descentralização sempre acabam por esvaziar-se quando

18 DAVID FLEISCHER — *Perfil sócio-econômico e político — O processo Constituinte 1987/1988*. Agil/UnB, 1988.

19 Eles se mantiveram através dos Coronéis, ver o trabalho de LYRA, *Coronelismo e Senzala*.

seus promotores alcançam a Presidência da República e se revestem da majestade do poder.

A falta de instituições nos períodos imperiais foi substituída por um quadro de valorações ideais associadas a uma civilização de além-mar, freqüentemente contraditórias em relação à realidade local. Buscou-se de certa forma transplantar para a colônia o sistema partidário e de governo de além-mar. Isso não só era impossível pela falta de condições prévias relativas à aglutinação social, como, afinal também na metrópole, essas condições não se tinham completado de modo satisfatório. Tanto que seu desenvolvimento político sofre de retardo ainda hoje em Portugal em relação a uma democracia pluralista desejável. A ampla participação social e política ainda não é uma realidade em Portugal, como no resto da Europa.

No Brasil, só hoje, e lentamente, os oradores e líderes iniciam discursos em que a argumentação técnica vai ocupando o lugar da beleza lingüística. A maioria dos problemas antigos ligados à integração nacional, marginalização da maioria quanto à riqueza nacional, ainda é tratada sem equacionamento técnico de soluções. É o trabalho das lideranças partidárias. O quadro de centralização sempre se agrava à proporção que um mesmo partido se mantém no poder por algum tempo. Ainda recentemente tentamos corrigir essa tendência, com pouco sucesso, na elaboração da Constituição de 1988. Um quadro de muita centralização tendia a desfazer-se ao início da Constituinte. A demora em equacionar-se a descentralização levou o Governo a lutar por manter certa centralização e toda força que pôda no processo decisório. Só se conseguiu alguma distribuição de receitas do governo porque o Governo Sarney não tinha tanta solidez em termos de sustentação no Congresso-Constituinte e organizava-se com sensação de provisoriedade.

Vagarosamente, depois de muitos anos de desaparecido o cenário original, o estilo retórico cede lugar à capacidade de análise técnica dos temas do interesse público. Os partidos começam a eleger líderes mais capazes de negociação e argumentação técnica que de belos discursos. Não é raro, ainda hoje, o discurso embelezado, mas ele ganhou algum conteúdo prático, embora intensamente misturado a frases de efeito. É também freqüente a demagogia, não mais tão cínica hoje, quando já se busca a ética, mas como condicionamento ou subproduto de fases superpostas de educação do indivíduo, que se tornou político e líder. Os líderes selecionados pelos partidos, além de serem agora escolhidos mais pela habilidade de negociação, também o são em função de seus vínculos com a cúpula partidária.

Vivemos uma nova fase de escolha das lideranças partidárias, para quem, como nós, já escolhemos líderes pelo brilho de seu discurso. É

verdade que precisamos freqüentemente aprender tudo de novo, na medida em que passamos por sucessivos períodos de letargia política. Depois do golpe de estado de 1964, por exemplo, o Congresso, bastante recolhido, passou a valorizar seus líderes muito mais em função da sua capacidade de "domínio" ou "autoridade" sobre a interação dos congressistas, e a fidelidade partidária foi obtida por decreto. O líder tinha que ser uma ponte entre a Mesa e o Executivo forte. O discurso tomou o segundo plano, mesmo que importante, principalmente o do debate de raciocínio rápido, não mais rebuscado nem cheio de figuras, mas fluente, pronto, arisco e agudo. Era mais valorizada a capacidade de calar o adversário que a de convencer, já que o Executivo tinha a maioria absoluta.

Do perfil autoritário foi-se passando pouco a pouco para a capacidade de obtenção de votos fora do Congresso, os do eleitorado para o partido de sustentação do governo. Não se valorizava muito a figura do líder dentro do Parlamento, mas na região de sua origem, nem importava que dentro da instituição mesma ele fosse do estilo *low profile*. Não se esperava do líder da maioria sequer uma negociação prévia dos projetos do governo, mas uma certa e modesta intermediação dos projetos já em tramitação formal.

A negociação política daquela fase era entre o Executivo e a cúpula de cada Casa, não com os demais partidos. Permitia-se um certo discurso de explicação ao público. Para isso os líderes do partido de sustentação do Governo recebiam modestíssimo aporte da parte da tecnocracia no poder que preferia ela mesma entrar no cenário quando era impossível furtar-se a isso. Observe-se a seqüência de líderes do período. Analise-se, por exemplo, a forma de atuação de líderes tais como Cantídio Sampaio, na Câmara, Virgílio Távora, no Senado, e, depois, Hugo Mardini e José Sarney, por exemplo.

Não havendo livre exercício de política, o que se esperava das lideranças era tão-somente uma articulação entre as Mesas das duas Casas, bastante vinculadas com o Planalto. A luta só se acirrava na hora de eleger essas Mesas que deviam conformar-se a um perfil confiável, traduzido em termos de comedimento para segurar forças de aceleração mundancista.

Os donos dos discursos mais brilhantes nas Casas do Congresso foram líderes paralelos aos líderes partidários, não apenas por causa do perfil exigido dos líderes do Governo. Esse brilho voltou a ser retórico, uma vez que não se tinha recursos políticos para análise, nem propostas de mudanças ou alternativas de políticas. Era um discurso de resistência democrática. Desiacavam-se os líderes de oposição escolhidos a dedo entre

os que conseguiram ofuscar as lideranças mais discretas do Governo. Para o Partido de sustentação do Governo essa discrição era indispensável num regime autoritário, para não se expor ao risco de contradições e comunicações adiantadas. Mas de fato aconteceram vez por outra, acarretando um desencontro entre o poder de fato e sua liderança parlamentar, o poder de direito.

É verdade que a discrição exigida não impediu que conhecêssemos no Congresso algum talento razoável, tanto em capacitação política como em áreas do conhecimento, que começavam a ter significado maior no debate. Os menos discretos, mais aguerridos, viveram alguns problemas que dificultaram sua sobrevivência política. Tinham que aprender a silenciar com sacrifício pessoal.

A posição discreta do líder partidário no Brasil formou escola por algum tempo. E continuou, com poucas exceções por parte dos partidos menores em ascensão, mesmo no período da Assembléia Nacional Constituinte, em que se destacavam os relatores das Comissões ou seus adjuntos, quando mais hábeis na nova arma política — a entrevista com a mídia. Hoje não se espera mais o discurso do grande orador no Grande Expediente, mas o debate em torno da entrevista atrevida, de fora ou de dentro do Congresso. Cada vez mais o líder obtém poder na medida em que consegue conquistar a mídia — o quarto poder da atualidade.

No período constituinte em que eram muitas as alternativas regimentais, destacava-se também com frequência a capacidade de usar essas regras como instrumento de manobra, ora obstrução, ora domínio do processo de votação. Essa habilidade tornou-se ainda mais relevante quando a Constituinte tinha um Regimento que, por utópico, precisou de vários documentos paralelos e ainda se valia dos Regimentos da Câmara e do Senado como auxiliares ao seu processo. Os documentos paralelos eram poucas resoluções da Constituinte, entre as quais a mais importante, a de n.º 3, que permitia a fusão de emendas, criando, portanto mesmo que sem explicitar, o Colégio de Líderes e instruções do Presidente da Constituinte, explicativas das resoluções, do próprio Regimento e de sua aplicação associada ao Regimento da Câmara dos Deputados. Havia ainda Regulamentos Internos de Comissões e normas adicionais sobre os trabalhos e prazos.

As prerrogativas regimentais dos líderes não têm mudado muito desde o período anterior à Constituinte. A mudança básica que se pode observar é uma substituição de condições ostensivas do *status*, vinculadas à visibilidade e movimentação, por outras modalidades de atendimento. Hoje eles tanto buscam, como até conseguem, novas condições de trabalho,

principalmente na forma de assessorias e organização interna dos Gabinetes. Para estes, naturalmente são requeridas instalações mais modernas e equipadas, que nem sempre conseguem. Mas, principalmente, os partidos menores têm melhorado muito a organização da sua liderança em termos de vinculação e assessoramento dos líderes e da comunicação destes com suas bancadas. Os partidos estão também aprendendo que a comunicação com a sociedade civil organizada é indispensável ao seu trabalho, e isso os leva a organizar-se melhor, por via de suas lideranças no Parlamento.

Desde a Constituinte, em que os processos internos de aglutinação foram muito desenvolvidos, ficou evidente a existência de um Colégio de Líderes. Ele poderia não se chamar assim, mas apenas reunião de lideranças, de modo simples e desprezioso, mas existia. O mero fato de que o Regimento da Constituinte criou a "fusão de emendas", hoje consagrada como emenda aglutinativa, no Regimento da Câmara, torna evidente que os líderes tinham que se reunir, eventualmente com a presença do Presidente da Constituinte ou de Comissão, para discutir e promover essa fusão.

As lideranças na Assembléia Nacional Constituinte eram ampliadas e diversificadas consoante o momento. A liderança partidária não era destacada durante a Assembléia Nacional Constituinte. O voto constituinte, sempre nominal, era pessoal. Os constituintes eram vinculados ao partido, mas, a despeito de que o partido tivesse seu líder, lideravam os debates nos acordos e fusão de emendas os relatores, sub-relatores e *experts* ou aglutinadores assessorados para cada tema em debate. Surgiram desse intercâmbio figuras destacadas no campo jurídico, sindical, econômico, educacional etc. Técnicos em áreas do conhecimento se tornaram conhecidos pela sua atuação específica. Enquanto isso grupos se aglutinavam em torno de interesses comuns, nem sempre unitários.

Não foi senão na última fase da Constituinte que se estabeleceu um sistema de aglutinação política interna forte, submetido a lideranças globais. É que a segunda versão do projeto, apesar de forte rejeição do primeiro, mostrou-se ainda longe demais dos padrões que regiam a interação elite-massa até então. Representantes das elites se posicionaram então em certos aspectos compondo interesses com o Governo de modo a não perder o controle sobre o resto do processo. Só então formaram-se partidos de fato, mesmo que não sob a mesma sigla oficial — como o movimento que ficou conhecido pelo título de Centrão. O Centrão teve uma cúpula discreta, quase oculta, em forma de colegiado.

É interessante notar que o surgimento dessa aglutinação política dentro da Constituinte refletia processo idêntico na Sociedade. Nunca se evi-

denciou mais a organização da sociedade civil que vinha buscar seus direitos, com ou sem a intermediação universalizadora dos partidos. Constituíram líderes discretos, mas sua ação conjunta, durante as votações, no trabalho de Comissões e na intensa correspondência e pressão por via da media, e que foi decisiva.

A liderança partidária de fato, mesmo que não de direito, e que era estabelecida por área de especialidade, buscava atuar em cada Comissão Temática. Não havia um líder destacado, mas vários líderes, símbolos de temas, reivindicações e grupos sociais. Era uma atuação muito similar à dos *wippers* do sistema de liderança americano. A oposição ao Centrão se fazia da mesma forma e nos mesmos moldes de sua atuação. Estabelecia-se por um colegiado dos líderes dos interesses menos conservadores, destacando-se líderes de fato, e não de direito, para cada Comissão ou da media, e que foi decisiva.

A oportunidade constitucional mudou a tendência de lideranças parlamentares discretas direcionadas à Mesa. Elas passaram a se comunicar umas com as outras e só demandar certo comando da Presidência da Casa para efetivar seus acordos. Esse comportamento se institucionalizaria mais tarde, não sem certa dificuldade, no período que se seguiu à Constituinte.

Na adaptação dos Regimentos à nova Constituição, as Casas do Congresso agiram de modo diferenciado. No Senado, não se criou um Colégio de Líderes, mas concentrou-se bastante o processo em poucas Comissões, tornando-as mais densas. As lideranças continuaram a atuar discretamente em relação à Mesa, até pela circunstância de que, em sendo o Presidente do Senado, também o Presidente do Congresso, comanda uma certa deferência em relação a ambas Casas e suas lideranças.

Já na Câmara dos Deputados uma certa polêmica se criou em que as lideranças mais ativas desejavam o Colégio de Líderes enquanto a Mesa parecia relutar com sua possível concorrência em termos de poder interno e externo. A Presidência preferia claramente dirigir reuniões eventuais, não institucionalizadas, das lideranças que poderia convocar à sua discipulação ou não.

Na Legislatura, que se seguiu, confirmou-se a tendência política observada na Constituinte e institucionalizou-se na Câmara dos Deputados o Colégio de Líderes. Desde então estabeleceu-se um sistema mais coeso na Casa em termos de capacidade de decisão. Os líderes se reúnem em torno da Presidência para definir pautas essenciais e agendas prioritárias e assumem, portanto, responsabilidades agilizadoras do processo. Em seguida reúnem

nem-se em torno da relatoria de projetos mais complexos e fazem a negociação e acordo, com a presença constante da imprensa e assessoria.

A liderança é, então, valorizada por vários ângulos, pela oportunidade de debate e ação, pela assimilação de conhecimentos técnicos e pela possibilidade de controle sobre vários setores de políticas públicas. Passam a ser maiores, portanto, as oportunidades representativas de ajustar as políticas públicas setoriais, antes resolvidas isoladamente. Há, outrossim, maior possibilidade de se ouvirem partes plurais do interesse público até mesmo por contribuição direta da sociedade organizada. O próprio contacto das lideranças nesse foro, umas com as outras, com assessorias especializadas e, eventualmente, o conselho da sociedade civil organizada permite decisões melhores, transparentes e mais ágeis.

Por outro lado, o progresso das relações Legislativo, Executivo e Judiciário tem ficado flagrante com a nova forma de atuação das lideranças no Colégio de Líderes. Ela elevou sobremodo a qualidade da negociação, valorizando-a e valorizando a liderança parlamentar em si. Hoje os líderes de todos os partidos são chamados não mais como convidados especiais para busca de apoio indefinido. Os demais poderes buscam cooperar e pedem a cooperação dos líderes em reuniões de trabalho efetivo em que se ajustam projetos antes da sua formalização.

A valorização da liderança parlamentar torna-se, aos poucos, um elemento cada vez mais importante no sistema de governo. Seu relacionamento com os demais poderes parece o início de uma formulação parlamentarista. Se não o for, será certamente um modelo em que o Congresso, através de suas lideranças, terá um peso no processo decisório, que só conheceu, em oportunidades eventuais, através do confronto.

Dentro e fora da instituição legislativa os líderes partidários passam a ter um papel muito mais relevante. E é porque esse papel se torna evidente que eles buscam aperfeiçoar suas formas de atuação. Na verdade, é indispensável que colham opiniões e dados junto às bancadas para chegarem autorizados junto ao Colégio de Líderes. Sua representatividade e capacidade de administração é hoje testada não só no Colégio de Líderes e suas instâncias informais, junto aos demais poderes, como nos encontros em instâncias da sociedade civil organizada.

Destacamos antes o paralelo entre a formação do Centrão e a organização da sociedade evidenciada no período da Assembleia Nacional Constituinte, como seu resultado e também sustentação. De fato, o surgimento do Centrão parece ter sido uma reação à evidente pressão de grupos organizados na sociedade vinculados a partidos e indivíduos constituintes. Era a correspondente aglutinação da representação das elites

econômicas³⁰ para defender sua situação política ameaçada. E quem ameaçava sua posição secular era a nova organização social de subelites culturais, nacionalistas, técnicas e profissionais-corporativistas e novas elites de representação participativa.

Essa movimentação durante a Constituinte representou uma nova fase do desenvolvimento político nacional, o da aglutinação efetiva da sociedade em grupos de interesse. Essa nova fase ou situação significa a criação de um vínculo biunívoco entre grupos de interesse e o partido. Também significa que o líder terá que agir em consonância com esses vínculos e, assim, demonstrar por suas ações o desenho dos interesses partidários.

Isso nos leva a acreditar que, seja o sistema de Governo qual for, dentre parlamentarismo ou presidencialismo, uma nova etapa do desenvolvimento social brasileiro conduzirá as lideranças a um estilo diferente de ação. A existência de lideranças paralelas dos mais diferentes tipos atuando no processo político com os líderes partidários tem mudado e tende a mudar mais sua forma de trabalho. O líder partidário tende a fazer uma opção por representar ou adotar as teses desses grupos e integrar no processo formal e informal considerando as mesmas.

Por outro lado, o Partido, por via dessa atuação de sua liderança, estará fixando seu perfil de opção quanto a uma linha de filosofia política e identificação social. Ele não poderá, como antes, e demagogicamente, "optar por todos" para conquistar votos. A sociedade organizada dispõe de um poder de controle e fiscalização da ação partidária que não mais permitirá a incoerência. O partido terá que optar frequentemente, e essa seqüência de opções desenhará para a sociedade o seu perfil exato.

Parece ficar claro, em tal conjuntura, que a ação do líder, no Parlamento e fora dele, mas não apenas sua ação, também seu comando sobre a Bancada e sua coerência em relação à atuação de seus liderados, passam a desenhar as características do Partido. Uma relação muito delicada, mas um vínculo muito claro, passa a haver então entre líder partidário e líderes da sociedade organizada. Sua interação desenvolverá profunda identificação mútua em que os interesses são evidenciados ao público e demais grupos com muita clareza e precisão.

³⁰ O Centro diminuiu os impactos das buscas em favor da Reforma Agrária, contra a luta da subelite de representação participativa. Impediu reservas de mercado, nem sempre com sucesso (luta das subelites técnicas e culturais nacionalistas) e tentou segurar direitos sociais e minoritários em níveis conservadores, contra a luta de líderes dos grupos desfavorecidos da economia.

Considerações Acerca de um Código de Ética e Decoro Parlamentar

RUBEM NOGUEIRA

Advogado. Atividades exercidas: Professor Titular de Introdução ao Estudo do Direito (1956-1991). Deputado Federal (1961-1971). Consultor Jurídico do Ministério da Justiça (1979-1981). Procurador-Geral da Justiça do Estado da Bahia (1951-1954). Deputado Estadual (1947-1951, 1955-1959)

S U M A R I O

1. Moral coercível, criação totalitária.
2. Âmbito da prescrição categórica.
3. Onde entra uma injuridicidade.
4. O Código possível.

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Resolução n.º 106-A/1992, de sua ilustre Mesa, que institui o *Código de Ética e Decoro Parlamentar*, com parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa.

Pelo teor do art. 1.º a proposição destina-se a disciplinar a conduta dos membros da Câmara durante o exercício do mandato.

Antes do mais, fique logo dito que reputamos fora de questão a necessidade de preservar-se a moralidade da vida política total, como um valor básico da ordem social e do ordenamento jurídico. O parlamentar deve perseguir o bem público, e não há bem público contra a moral, pois esta, nas palavras de Jean Dabin, é a lei do homem, e o público se compõe de homens.

Num dos mais severos pronunciamentos que fez como candidato, pela segunda vez, à Presidência da República, no qual combateu duramente a corrupção administrativa da época, disse Rui Barbosa: *Toda a política se há de inspirar na moral. Toda a política há de emanar da Moral. Toda a política deve ter a Moral por norte, bússola e rota.*

Integrado que nos sentimos, de há muito, nessa linha*, compreendemos e aplaudimos o intuito inspirador do Projeto de Resolução em exame. A crítica, pois, que se segue não se nutre senão do propósito de colaborar em favor da regularidade dos atos legislativos, o que afinal pode a todos indistintamente incumbir e não só aos parlamentares em atividade. Deputados de uma ou várias legislaturas anteriores, entre os quais estamos, também se interessam pelo prestígio de ambas as Casas do Congresso Nacional.

O título do projeto do Código revela, por si mesmo, que neste o vocábulo *Ética* entra como sinônimo de *Moral*, do contrário não cogitaria, simultaneamente, de *decoro*, sabidamente parte integrante da *Ética*, com o Direito, a *Moral* e a *Religião*.

1. *Moral coercível, criação totalitária*

Entre os jusfilósofos tornou-se habitual o uso do termo *Ética* com a significação de *Moral*. Quando certos deles afirmam ser o Direito um mínimo de *Ética*, este vocábulo tem evidentemente o sentido de *Moral*. Os egologistas Aftalion, Olano e Vilanova em *Introducción al Derecho* (Ed. El Ateneo, B. Aires, 1956, Tomo I, § 2.º), a tal propósito assim se expressam: "No emprego destas palavras nos atemos ao uso comum ou, pelo menos, frequente, que atribui à palavra *Moral* um sentido mais restrito que *Ética*, embora segundo suas raízes etimológicas os dois termos devesses ser equivalentes".

Assim, na terminologia dos citados autores o gênero *Ética* (filosofia prática, ou disciplina normativa do agir em geral) compreende a *Moral*

* Cf., do Autor: *O advogado Rui Barbosa — Momentos Culminantes de sua vida profissional* (Rio, 1949, 1967 e 1979, esq.); *História de Rui Barbosa* (Bahia, 1964, 1967, esq.); *Rui Barbosa e a técnica da advocacia* (Rio, 1956, esq., incluído em *Rui Barbosa — Escritos e Discursos Seletos*. Editora Aguillar, Rio, 1960).

(Ética subjetiva) e o Direito (Ética intersubjetiva), sem prejuízo de outros extratos de categoria da conduta, entre os quais incluem o Decoro e a Religião. O *decoro*, como sabido, faz parte das normas sócias de conduta por muitos denominadas *normas de trato social* que juntamente com as normas jurídicas, morais e religiosas formam o âmbito genérico da *Ética*.

Sendο assim, porém, o que estranhamente o Projeto n.º 106-A/1992 pretende organizar é um Código de *Moral* (ou *Ética* em sentido estrito) e de *Decoro* Parlamentar, visto que de puras normas *jurídicas* ou de conduta religiosa claro está que não cuida.

O Constituinte de 1988 conhecia muito bem essas noções, de que deu prova ao se fixar exclusivamente na preservação do *decoro* — quando estabelece a perda do mandato do Deputado ou Senador “cujo procedimento for declarado incompatível com o *decoro parlamentar*” (CF, art. 55, II).

E que se quis exprimir com essa locução? A Constituição teve o cuidado de não submeter a inteligência da figura do *decoro parlamentar* ao conhecimento vulgar. Sem correr o risco de defini-la, o que não é próprio das leis e já os antigos juristas consideravam coisa perigosa, deu contudo duas hipóteses de conduta parlamentar indecorosa, no art. 55, *verbis*:

“Art. 55 — (*Omissis*)

§ 1.º — É incompatível com o *decoro parlamentar*, além dos casos definidos no regimento interno, o *abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.*” (Grifou-se.)

Outros casos de conduta contrária ao *decoro parlamentar* a Constituição — lê-se no dispositivo transcrito — autoriza o regimento interno a definir.

Mas o Regimento Interno da Câmara dos Deputados em vez de observar o ditame da Lei Fundamental e enunciar, com a mesma objetividade do texto constitucional, outras condutas que a honra parlamentar repele, *prescreve no art. 3.º*:

“A Mesa apresentará projeto de resolução sobre o Código de *Ética e Decoro Parlamentar.*”

O que, parece evidente, não é a mesma coisa. A Constituição julga de gravidade máxima a violação pelo Deputado ou Senador das regras

designadamente de *decoro parlamentar* e punê-as com a perda do mandato. Para a Lei Fundamental há dois casos de conduta com que se não compece o *decoro parlamentar* (sempre o *decoro*, e não outra norma de comportamento): o *abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas*. Fora daí só o Regimento Interno de cada Casa do Congresso Nacional declarará o que seja atividade “incompatível com o *decoro parlamentar*”. Tudo muito transparente.

A honrada Mesa, no entanto, resolveu não definir outros casos concretos de infração do *decoro parlamentar* além dos dois declarados na Constituição.

Admita-se que em lugar de inserir no texto do Regimento Interno — como seria talvez mais prático ou aconselhável pela técnica legislativa — determinados exemplos de conduta parlamentar indecorosa, segundo explicitamente quer a Constituição, lhe seja permitido fazê-lo num *Código* à parte. Ainda assim a ilustre Mesa ultrapassa a raia da autorização constitucional, quando projeta um código, não de *decoro parlamentar*, mas também de *ética*.

Imprimindo extensão tal ao art. 55, II, e § 1.º, da Constituição Federal, o Projeto de Resolução parece não interpretar esse texto, mas desenvolvê-lo, *integrá-lo* como se houvesse lacuna a preencher. O art. 55, II, § 1.º, ao contrário, revela ter dito tudo quanto queria dizer. Nele encontramos aquilo que Kari Larenz aponta como elemento a que o intérprete deve obediência compulsória — a saber: *a vontade objetiva do legislador constituinte* (KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. da Ed. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 198).

Dando, *data venia*, um passo em equivocada direção, o Projeto institui suas próprias sanções, que vão da *advertência* até a *perda temporária e definitiva do exercício do mandato* (art. 7.º), e no art. 11, inc. II, punco com a perda do mandato “a prática de qualquer dos atos contrários à *ética* e ao *decoro parlamentar*”, com remissão ao art. 55 da CF.

Falar em “*ética* e *decoro*” soa mal, pois o segundo termo já se compreende no primeiro.

Demais, a Constituição, no art. 55, só cogita de *decoro* (*decoro parlamentar*) que pertence à *Ética*, em sentido amplo, compreensivo das três esferas normativas á referidas. Sendo a Constituição a fonte única da competência legiferante do autor do regimento interno para indicar “outros casos de *decoro parlamentar*” — a inferência a extrair daí é que o legislador regimental deveria cingir-se ao *decoro parlamentar*, sem nenhuma incursão no campo da Moral propriamente dita ou *Ética stricto sensu*.

Há mais. Ao exceder a autorização constitucional, o Projeto incide em atroz incongruência, já que a violação de deveres puramente *morais* não acarreta a aplicação de sanção exigível. Deveres dessa natureza situam-se ou desenvolvem-se na esfera da consciência individual e são de sua própria índole incoercíveis. Moral coativa é artefato de ditaduras totalitárias. Sanção exigível ou *organizada* pertence à ordem *jurídica*. O Direito, diz Kelsen, é uma ordem coativa no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos. Isso o distingue essencialmente da Moral. Esta não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito* — 2.^a ed., Coimbra, trad. de J. B. Machado, 1962, págs. 65, 68, 120).

Um ato deixa de ser moral se praticado só por não poder o agente resistir à coação de outros, ou sob a ameaça de um mal. A espontaneidade de sua prática é que lhe dá vida. Na lição de Miguel Reale, o que importa é que haja sempre recepção e assentimento. Ninguém pode praticar um ato moral pela força ou pela coação. A Moral é incompatível com qualquer idéia ou plano de natureza coercitiva, quer de ordem física, quer de ordem psíquica (*Filosofia do Direito* — 14.^a ed., atualizada, 1991, Ed. Saraiva, n.º 152).

A *incoercibilidade*, pois, é nota característica da regra moral impositiva de um dever. O sujeito obedece livremente, isto é, por convicção íntima, ao que a Moral prescreve, decide no seu foro individual aderir ou não a ela. Luis Recasens Siches, no *Tratado General de Filosofia del Derecho* (Editorial Porrúa, México, 1970), chama a atenção para a distinção fundamental do jurídico e do moral. Aquele se impõe incondicionalmente, esteja o sujeito de acordo ou contra, nisto consistindo o que o jusfilósofo denomina *impositividade inexorável ou inexorabilidade do preceito jurídico*, enquanto a Moral tem um imperativo que deve ser cumprido de modo espontâneo, *livremente* pelo sujeito, isento de qualquer coação irresistível, como ato plenariamente *seu*.

Não faz sentido assim um Código de Ética ou Moral estabelecer penalidades pela violação de suas normas.

Para dizer o menos, lembremo-nos da advertência de Jean Dabin, Professor da Universidade de Louvain, contida na sua *Teoria Geral do Direito*: "Quando a virtude pretende impor-se pela força, embora seja a

força da lei, corre o perigo de suscitar um estado de espírito hostil à lei e à virtude, o que significa duplicar o prejuízo para a moralidade e para a legalidade: neste caso a lei *moralizadora* se converte sob todos os aspectos em *desmoralizante*".

Um modelo em substância diverso do aqui apreciado é o Código de *Ética Profissional* dos advogados. Coerente com a natureza incoercível de suas prescrições, ele mesmo não comina penalidades. Estas são fixadas fora do seu corpo, pela Lei n.º 4.215, de 27-4-63 (Estatuto da Ordem dos Advogados), que nos vinte e dois incisos do art. 87 define os *deveres do advogado e do provisionado* —, um dos quais consiste em *observar os preceitos do Código de Ética Profissional* (inciso IV), e no art. 103 ao enumerar as infrações disciplinares, diz: "Constitui infração disciplinar: I — transgredir preceito do Código de "Ética Profissional".

Assim, a observância dos preceitos do Código de *Ética Profissional* foi transformada em *dever jurídico* dos militantes do foro judicial, cuja transgressão é passível de medidas disciplinares.

A conversão de certos deveres morais em deveres jurídicos revela uma crescente moralização do Direito positivo. Como sustentam os justilósofos, a norma do Direito pode converter em conteúdo de *dever jurídico* o cumprimento de um dever moral, e neste caso a sanção correspondente resultará da violação do *dever jurídico* em que o dever moral se transformou. O dever, que impende ao advogado, de observar os preceitos morais do "Código de *Ética Profissional*", resulta exclusivamente da imposição inexorável contida no art. 103, I, da Lei n.º 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados).

Em suma: segundo a Constituição, a conduta que pode levar o Deputado à perda do mandato não é a que contraria a *moral* (ou *Ética*, estritamente falando, e sim a declarada *incompatível com o decoro parlamentar* (art. 55, II).

2. *Âmbito da prescrição categórica*

Mas não é somente aí que está o único nem o mais grave defeito do Projeto em exame.

A Câmara elabora e aprova o seu Regimento Interno, que a seguir entra em vigor, e nele estabelece direitos, deveres e proibições aos Deputados (CF, art. 51, III). Não se compreende todavia nos limites da força normativa de um Regimento Interno, nem tampouco nos de uma *Resolução* elaborada por determinação sua, *proibir mais do que a Constituição proíbe*.

Ora, pelo art. 55 da Constituição os casos de perda de mandato do Deputado ou Senador são peremptórios. A enumeração é taxativa. Ao legislador infraconstitucional não é dado restringi-la nem elástica-la. No entanto o art. 3.º, § 2.º do Projeto de Resolução n.º 106-A estende ao seu cônjuge ou companheira e pessoas jurídicas direta ou indiretamente por eles controladas as vedações — endereçadas exclusivamente ao Deputado, desde a expedição do diploma, pelo art. 54, I, a, da Constituição Federal.

Mais ainda. No inciso I, alínea a, do art. 54, a Constituição só menciona “pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público”.

O Projeto contudo (art. 3.º, § 1.º) inclui nas proibições as “pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Poder Público” — espécie distinta das nomeadas em *numerus clausus* pela Constituição.

É sabido, no campo do Direito, que as disposições proibitivas são de sua própria índole restritivas, abrangem unicamente os casos ou pessoas que designam e não devem ser interpretadas ampliativamente, como faz o Projeto n.º 106-A.

Se, por outro lado, o texto constitucional quisesse estender a pessoas sem mandato, como o cônjuge ou a companheira do Deputado, a proibição ali individualizada, naturalmente nenhum obstáculo técnico haveria para o fazer. Ao contrário, silenciou, deixando entrever a inexistência de omissão.

O art. 54 é categórico: os Deputados e Senadores não poderão — eis suas palavras iniciais.

Por maior que seja a autoridade jurídica do Regimento Interno, não lhe compete modificar a vontade concreta da Constituição. Nem ele nem a Resolução que por sua ordem está sendo elaborada. Ninguém dá poder que não possui.

Se o Constituinte não alude às pessoas jurídicas em geral, nem muito menos se refere ao cônjuge ou à companheira do Deputado, é porque entendeu descabido inserir umas e outras no texto proibitivo.

Na linguagem terminante do *caput* do art. 54 há o que modernamente a doutrina e alguns arestos do Supremo Tribunal Federal denominam o *silêncio eloqüente* da vontade da Constituição, que unicamente ao próprio Constituinte derivado, ou Poder de Reforma Constitucional, é permitido sobrepor-se mediante Emenda.

A *lacuna* e o *silêncio* da lei não são simplesmente a mesma coisa, segundo a doutrina alemã sufragada entre outros por Karl Larenz e que o Supremo Tribunal, em sessão plenária, acolheu pelo voto condutor do Ministro Moreira Alves na Representação n.º 1.405-AC (RTJ, 127/394). Do *silêncio eloqüente* dá Larenz o seguinte exemplo: quando o Código Civil (BGB) enumera no § 6.º determinados fundamentos pelos quais uma pessoa pode ser interditada, isso também significa que ninguém pode ser interditado por outros fundamentos não mencionados na lei.

Nesse caso, acrescenta o Ministro Moreira Alves, corroborando Karl Larenz, a aparente omissão do legislador tem especial significado, traduzindo, em geral a vontade de não facultar a instituição de determinadas práticas. Em suma: a aparente omissão do Constituinte, antes de caracterizar uma *lacuna*, configura, em verdade, um *silêncio eloqüente* (cf. também sobre o tema supra: Gilmar Ferreira Mendes — *Controle de Constitucionalidade*. — Aspectos jurídicos e políticos — Editora Saraiva, 1990, p. 317).

De mais a mais o Constituinte de 1988 sabia da inexistência de autorização do marido para a mulher exercer profissão. Pode ela livremente ser, por exemplo, controladora de uma sociedade mercantil, entrando numa situação pessoal tanto mais autônoma, em relação ao marido, quanto se sabe que o regime legal de bens no casamento pode ser o da separação absoluta ou os bens próprios da mulher estarem clausulados de incomunicabilidade.

A pretensão do Projeto, por conseguinte, além de exorbitante do art. 54, *caput*, da Constituição Federal, não se coaduna com o novo regime jurídico da mulher casada.

Também o art 3.º, § 3.º, do Projeto não tem como subsistir, por atentar contra o ordenamento brasileiro, um de cujos princípios fundamentais se resume nesta fórmula: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (Constituição Federal, art. 5.º, II).

Assim, na lei reside a fonte imediata e direta de direitos das pessoas, mas a lei propriamente dita, oriunda do Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República.

A Resolução, ato legislativo menor, destinado a disciplinar limitado número de matérias compreendidas na competência privativa de cada uma das Casas do Congresso Nacional, não exprime a lei de que fala o art. 5.º, inciso II, da Constituição.

3. Onde entra uma injuridicidade

O Projeto de Resolução n.º 106-A pretende ainda deliberar sobre a condição jurídica dos *Fundos de Investimentos Regionais e Setoriais*, para o efeito declarado — o que é pior — de incluí-los entre as pessoas jurídicas proibidas de contratar com “o Deputado, seu cônjuge ou companheira e pessoas jurídicas direta ou indiretamente por eles controladas”.

Noutras palavras, o Projeto de Resolução, adotando linguagem de “faz de conta”, considera os Fundos de Investimentos Regionais e Setoriais, para dados efeitos, *pessoas jurídicas*. Ajustar-se-á isso à competência própria de uma Câmara isolada, definida no art. 51, da Constituição, ou aos estreitos limites de uma Resolução? Parece que não, dado que tal matéria está reservada à *lei complementar*, como estatui a Constituição no art. 165, § 9.º, II, e no ADCT (art. 36).

De resto, como observa o administrativista José Cretella Júnior, o fundo público, que é um patrimônio, constituído de dinheiro, ações ou bens, afetado pelo Estado a determinado fim, *não tem personalidade jurídica, nem de direito público, nem de direito privado, embora incorporado à realidade brasileira*.

Só a lei geral propriamente dita — o Código Civil, o Código Comercial, ou outra de hierarquia semelhante — seria apta para conferir *personalidade jurídica* a um ser individual ou coletivo, jamais uma *Resolução*, cuja esfera regulativa o *Regimento Interno* limita, no art. 109, III. O próprio *Regimento Interno* também não teria legitimidade para fazê-lo. Na palavra de um catedrático e comentador da Constituição vigente, ele “ordena as relações internas da Câmara com os seus componentes e funcionários, *mas não pode dispor sobre relações com terceiros estranhos à corporação*” (Pinto Ferreira).

4. O Código possível

Do exposto infere-se não se harmonizar com a natureza de um Código de *Ética* ou *Moral* a cominação de sanções aos infratores de suas normas, desprovidas que todas são de garantia de cumprimento. *Moral* cuja observância decorre de imposição externa envolve contradição nos termos.

Decoro, ou decência, respeito de si mesmo e dos outros, *brio*, honradez, dignidade moral, pundonor (Caldas Aulete, “Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa”, 5.ª ed., 1964) é uma regra social também incoercível, embora suas sanções (o ridículo, a censura, a expulsão do grupo social, v.g.) sejam tão temidas ou evitadas quanto as da lei.

Se um preceito legal, no entanto, pune a desobediência de certa norma de *decoro*, é porque a ordem jurídica a incorporou à sua esfera normativa, tornando assim ilícita a infração cometida, como no caso da perda do mandato pelo Deputado ou Senador "cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar" (CF, art. 55, II). Só a norma jurídica, não outra qualquer norma ética, torna legítima a sanção que ela própria estabelece para o seu descumprimento. Segundo a observação de Miguel Reale em sua "Filosofia do Direito", "de certa forma, poderíamos dizer que no plano da conduta moral o homem tende a ser o legislador de si mesmo". Isso ocorre por igual no plano da conduta regrada pelas normas de trato social.

Em valiosa monografia, o cientista social e politicólogo Nelson de Sousa Sampaio reputa o *decoro* mais próximo da moral, apresentando-se como uma moralidade exterior ou expressão externa da honradez ou auto-respeito (Nelson Sampaio — "Considerações sobre a Etiqueta", in *Revista da Academia de Letras da Bahia*, 1982, n.º 27).

O que, pois, o Projeto de Resolução n.º 106-A busca promulgar não há de ser um Código também de *Ética* na acepção estrita em que ele mesmo toma esse termo, a saber, como significativo de *Moral* que, em síntese, nas palavras de Victor Cathrein, é *uma pauta do agir obrigatório em consciência* (in *Filosofía del Derecho — El Derecho Natural y el Positivo* — trad. esp. de A. Jordon — Instituto Editorial Reus, 1945, p. 274). Os imperativos morais como que nos pertencem de maneira intransferível — eis a lição de Reale: "Cada um de nós, no plano moral, age segundo uma norma cujos conteúdos se identificam com nossos motivos de agir" ("Filosofia do Direito", 14.ª ed., cit., p. 661). Ou a pessoa humana ajusta voluntária e livremente sua conduta às normas morais, ou deixará de haver *moralidade* em sua conduta. Em verdade, contudo, o que está em causa aqui é apenas o *decoro* parlamentar, cujas regras a Constituição houve por bem trazer para o seu campo, transformando-as em jurídicas, quando sujeita coercitivamente a transgressão delas às sanções definidas no art. 55, inciso II, e § 1.º.

Entender-se-ia um código de *Ética* — *lato sensu* — abrangente das várias espécies normativas, mas neste caso estaria excluído necessariamente o capítulo específico de *sanções coercíveis*, exceto para a transgressão das normas jurídicas, já que o cumprimento das demais não se obtém pelo constrangimento do destinatário.

Em conseqüência, para respeitar a natureza das coisas e obedecer às determinações constitucionais, o Projeto de Resolução n.º 106-A ou institui um *Código de Decoro Parlamentar* ou, mantendo-se como está, incide na incongruência de não ser o que pretende e figurar um aleijão.

Entraves à Adoção do Parlamentarismo no Brasil

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO
Procurador do Estado de São Paulo

Está o povo brasileiro a um passo de dois acontecimentos de excepcional importância: do plebiscito que definirá a forma do Estado (monarquia ou república) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), bem como da revisão constitucional. Preocupado com esses acontecimentos e com suas conseqüências, resolvemos escrever o presente ensaio, em que, apartadas maiores considerações sobre a forma do Estado — que achamos deve ser mantida, sem, no entanto, desprezarmos o relevantíssimo papel desempenhado, no passado, pela Monarquia no tocante à pacificação e à manutenção da unidade do País¹ —, voltaremos nossa atenção para o sistema de governo, expondo as razões pelas quais acreditamos seja inconveniente, no atual estágio do desenvolvimento político brasileiro, a adoção do parlamentarismo.

A primeira grande barreira que impede a consagração do parlamentarismo, entre nós, é “o mal congênito de representação” de que sofre o Congresso Nacional² que beneficia os Estados do Norte e do Nordeste, em prejuízo dos do Sul e do Sudeste, os quais, paradoxalmente, além

1 V. OLIVEIRA VIANNA, *Instituições Políticas Brasileiras*, Rio, José Olympio, 1966, v. I, p. 391 *et passim*, e *Evolução do Povo Brasileiro*, Rio, José Olympio, 1966, p. 250, bem como HERMES LIMA, “Notas à Política do Segundo Reinado”, in *As Tendências Atuais do Direito Público*, Rio, Forense, 1976, p. 116.

2 O assunto foi bastante explorado pela imprensa. V., mesmo assim, RAYMUNDO FAORO, “Constituinte: a verdade e o sofisma”, in *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*, São Paulo, Brasiliense, 1986, pp. 12 e 13.

de serem os mais desenvolvidos, detêm a maioria da população e cerca de 70% do eleitorado. Levando-se em conta que o parlamentarismo tem como característica fundamental a sustentação da chefia do governo pela maioria parlamentar³, logo se percebe que será decisiva, em tal sistema, a participação política dos representantes das regiões em que ainda se observa a existência do coronelismo e do voto cativo⁴.

Outro problema digno de nota é o da falta de interesse que os eleitores têm demonstrado pela escolha dos membros do Congresso Nacional. Via de regra, são as campanhas dos candidatos à Presidência da República as que mais interesse despertam, conquistando não só a atenção do povo, mas também amplos espaços na imprensa. Se adotado o parlamentarismo, o centro da política nacional deixará de ser o Presidente — cujo papel se circunscreverá à mera representação do Estado⁵ — e passará a ser o Congresso. Ora, criarão os brasileiros disposição para escolher — com discernimento, obviamente — os senadores e deputados federais apenas e tão-somente em virtude da aprovação do parlamentarismo? Provavelmente não. E quanto à eleição do Presidente da República? Se se mantiver o sistema eleitoral — sufrágio universal e voto direto e secreto⁶ —, já se pode prever o que acontecerá: expendem-se rios de dinheiro, far-se-ão milhares de promessas inócuas e frustrar-se-á o eleitorado. Será isso conveniente?

Além do mencionado desinteresse, não nos podemos esquecer de que o povo-massa não tem sido suficientemente esclarecido dos contornos básicos do sistema parlamentarista. As discussões maiores se estão travando apenas no pequeno círculo da elite. Isso certamente fará com que a opção pelo parlamentarismo, em muitos casos, não seja fruto de uma reflexão profunda, de uma efetiva tomada de consciência.

Também não pode passar despercebido o fato de o nosso sistema partidário ser marcado pela pluralidade atomística. A respeito disso, faze-

3 Cf. DALMO DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 207, e FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 127.

4 V. RAYMUNDO FAORO, *ibidem*, p. 12.

5 Cf. FERREIRA FILHO, *ibidem*.

6 Constituição Federal, art. 14, *caput*.

mos nossas as palavras do insigne FERREIRA FILHO: "Com pluripartidarismo atomístico, o parlamentarismo é um governo instável e incapaz. Frágil, sua sobrevivência depende de contínuas combinações de bastidores, sempre abaladas pelas ambições e pelos mais miúdos problemas. Escolhe por isso a inação como a única maneira de descontentar o menos possível. O repouso é menos arriscado que o movimento. Acontece, todavia, que os problemas não param e, descuidados, crescem. E crescendo, destroem o regime" ⁷.

Mas o argumento mais forte e relevante é o de que o parlamentarismo é, pelo menos na atualidade, absolutamente incompatível com a nossa realidade cultural. E isso quem nos diz, após análise exaustiva de toda a evolução de nossas instituições políticas, é o imenso OLIVEIRA VIANNA: "Nada mais absurdo, com efeito, do que "governos de gabinete", ao modo inglês, num país como o nosso, onde os deputados e senadores são apenas representantes das suas facções locais e por elas eleitos — sem nenhum vínculo institucional com a Nação... O nosso grande problema é justamente libertar o governo ou a administração nacional da influência destes partidos locais, que nunca se puderam tornar nacionais, apesar dos esforços dos grandes estadistas do Império. Ora, o "governo de gabinete", no entanto — sendo a técnica criada para entregar justamente a administração da Nação aos partidos —, importaria, aqui, na subordinação inteira do governo e da administração do país a essa multiplicidade de clãs partidários locais, a que chamamos "partidos", e que tanto nos comprometem e embaraçam" ⁸.

Não é só pelo fato de o parlamentarismo não se coadunar com a realidade brasileira que achamos deve o presidencialismo ser mantido. Deve sê-lo por estar já incorporado à nossa tradição política. Deve sê-lo por mostrar-se mais resistente aos perigos que freqüentemente ameaçam a continuidade democrática ⁹. Deve sê-lo para que o Estado possa suportar os grandes encargos sociais e econômicos que chamou a si ¹⁰. Deve sê-lo, finalmente, por apresentar como notas características três elementos de que tanto necessita o Brasil para fazer frente aos males de que se vem ressen-

7 Ibidem, pp. 127 e 128.

8 Instituições..., v. II, pp. 597 e 598.

9 V. OSWALDO TRIGUEIRO, "O Novo Presidencialismo", in *As Tendências...*, cit., p. 364.

10 Idem, ibidem, p. 386.

tindo: rapidez no decidir e no concretizar as decisões, unidade de comando e energia na utilização dos recursos estatais¹¹.

Não nos podemos deixar levar por ilusões nem por idealismos, que a tantos fracassos político-institucionais já deram causa no País¹². Não é por ter o parlamentarismo florescido na Inglaterra que o vamos adotar aqui. Afinal, além de ter brotado naquele país após longo processo histórico de formação¹³, lá encontrou todos os requisitos necessários para fincar suas raízes, crescer e tornar-se árvore viçosa: bipartidarismo rígido¹⁴ e profunda consciência cívica¹⁵. No Brasil, ao contrário, afora o problema do pluripartidarismo atomístico, também há um traço geral que não pode ser posto de lado — “a tenuidade ou fraqueza da nossa consciência do bem coletivo, do nosso sentimento da solidariedade social e do interesse público”¹⁶ —, decorrente da nossa cultura, que não pode ser mudada, pura e simplesmente, pelo “marginalismo” político de uma fração do povo¹⁷, visto como é um fenômeno complexo, resultante da conjunção de elementos materiais e imateriais¹⁸.

Enfim, podemos resumir tudo com as seguintes palavras de OSWALDO TRIQUEIRO: “... a solução do nosso problema político não está na rejeição do presidencialismo, até porque nada prova que o governo parlamentar ou o colegiado sejam mais indicados para a realização do milagre de remover as causas geradoras dos governos de força. Será, diversamente, o de resolver o problema político juntamente com o problema social e o problema econômico, assegurando condições propícias à normalidade institucional e submetendo o presidencialismo, já tão arraigado ao solo e tão integrado na paisagem, à disciplina da lei e ao efetivo controle da representação popular”¹⁹.

11 V. DALMO DALLARI, *ibidem*, p. 215.

12 OLIVEIRA VIANNA, *Instituições...*, cit., v. II, pp. 581 e 582.

13 V. FERREIRA FILHO, *ibidem*, pp. 123 e ss.

14 *Idem*, *ibidem*, p. 126.

15 V. OLIVEIRA VIANNA, *Instituições...*, cit., v. I, pp. 358 a 360.

16 *Idem*, *ibidem*, p. 358.

17 *Idem*, *ibidem*, pp. 98 a 107.

18 Cf. BITTAR FILHO, “The Serious Contrasts in the Modern World”, São Paulo, Associação “Ahummi”, 1988, p. 1: “(...) culture is the result of the social capacity of creating material and immaterial elements (...) and transmitting them generation after generation”.

19 *Ibidem*, p. 372.

Loucura e Prodigalidade à Luz do Direito e da Psicanálise

CLÓVIS FIGUEIREDO SETTE BICALHO

Médico, Psiquiatra e Psicanalista. Presidente do *Círculo Psicanalítico de Minas Gerais*

OSMAR BRINA CORRÊA LIMA

Professor Titular de *Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFMG*. Subprocurador-Geral da República. Participante do Fórum do *Círculo Psicanalítico de Minas Gerais*

SUMÁRIO

1. Introdução — O objeto deste trabalho. 2. Dados da legislação brasileira. 3. Surge a Psicanálise. 4. A prodigalidade e a loucura na Filosofia e na Literatura. 5. Direito e Psicanálise se entrelaçam. 6. Desenvolvimentos em Psiquiatria e Psicologia. 7. Algumas conclusões. 8. Projeto de Lei nº 3.657. 9. Observação final.

1. Introdução — O objeto deste trabalho

O Código Civil Brasileiro data de 1916. O Comercial, de 1850. As leis, a sociedade e as ciências evoluíram. Surgiram novos costumes. Novas leis. Novas descobertas científicas. Em 1916, a Psicologia ainda não se sistematizara enquanto ciência autônoma. E a Psiquiatria, muito ligada ainda à Neurologia, não recebera o impacto renovador da Psicanálise, que influenciou e alterou sensivelmente os seus rumos, sobretudo a partir da publicação dos *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade*, em 1905. O primeiro neuroléptico, para uso comercial, só veio a aparecer em 1955.

Em março de 1992, uma reportagem amplamente divulgada pela *Rede Globo de Televisão* mostrou o interior de um hospício e exibiu documentos de seus arquivos. A reportagem comprovou que pessoas ali internadas há dezanas de anos registravam, em seus prontuários, diagnósticos como epilepsia, enxaqueca e outros. Algumas pessoas, sem nenhuma doença mental, tinham simplesmente "enlouquecido naquele hospício", segundo o repórter.

Reportagem publicada no jornal *Estado de Minas*, edição de 19 de setembro de 1992, intitulada "Manicômios do País internam sem motivo", noticia que "pelo menos 30.000 pessoas vivem hoje dentro de hospitais psiquiátricos em todo o Brasil sem necessidade da internação". Observa que "elas constituem um terço do total de 90.000 pacientes destas entidades no País". E acrescenta: "um levantamento realizado pela SES e divulgado no final de 91 mostrou que apenas 11,51% dos internos em hospitais psiquiátricos do Estado deveriam mesmo permanecer nas instituições".

Este trabalho se propõe a refletir sobre os conceitos de "loucos de todo o gênero" e "pródigos", consagrados pelo Direito positivo brasileiro, à luz dos novos estudos de Psiquiatria e Psicologia, iluminados pela evolução da Psicanálise até o presente momento.

Tratando-se de estudo interdisciplinar, escrito a quatro mãos, o texto apresenta, a um tempo, duas visões, sem uma seqüência muito lógica e rígida de raciocínio em cada uma. Sua elaboração enfrenta uma série de dificuldades insuspeitadas. Por isso mesmo, requer do leitor redobrado espírito crítico.

2. *Dados da legislação brasileira*

Os *loucos de todo o gênero* e os *pródigos*. O Código Civil Brasileiro de 1916 considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os *loucos de todo o gênero* (art. 5.º, II). E incapazes, relativamente, a certos atos, ou à maneira de os exercer, os *pródigos* (art. 6.º, II). Os "loucos de todo o gênero" são absolutamente incapazes. Os atos por eles praticados são nulos (art. 145, I). Os "pródigos" são relativamente incapazes. Os atos por eles praticados, anuláveis (art. 147, I).

Processo de curatela. O processo de curatela dos interditos acha-se disciplinado nos arts. 1.177 a 1.198 do Código de Processo Civil. Os arts. 1.178, I, e 1.180 empregam a expressão "anomalia psíquica" e o art. 1.180 refere-se à "incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens". O art. 1.183 determina que o juiz nomeará perito para proceder ao exame do interditando. Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já fixou que o magistrado não está adstrito ao laudo (RTJ, 98/385).

Representação e assistência. Os “loucos de todo o gênero” são representados e os pródigos assistidos, judicial ou extrajudicialmente, por curadores. Contra os incapazes não corre a prescrição (Código Civil, art. 178, § 9.º, V, c). O Ministério Público intervirá, necessariamente, em todas as causas em que houver interesse de incapazes, bem como nas causas de interdição, sob pena de nulidade (Código de Processo Civil, arts. 82 e 246).

Isenção de pena. O Código Penal declara “isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão (criminosas), inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. E acrescenta que “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (art. 26).

Medidas de segurança. Aos criminalmente inimputáveis por problemas mentais aplicam-se medidas de segurança, e não penas. As medidas de segurança visam a proteger a sociedade e os próprios inimputáveis. São elas: “I — internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II — sujeição a tratamento ambulatorial” (Código Penal, art. 96). Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (se o fato previsto como crime for punível com reclusão); o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento. Se o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial, que será por tempo indeterminado, por um prazo mínimo de um a três anos, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta (Código Penal, arts. 96 a 99). A conversão do tratamento ambulatorial em internação é disciplinada pelo art. 184 e seu parágrafo único, da Lei n.º 7.210, de 1984, que rezam o seguinte: “o tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida; nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano”. Merece transcrição a ementa do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julga-

mento do *Habeas Corpus* n.º 69.375-0-RJ: "MEDIDA DE SEGURANÇA — INTERNAÇÃO — TRATAMENTO AMBULATORIAL — INIMPUTÁVEL — DEFINIÇÃO. Tanto a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico quanto o acompanhamento médico-ambulatorial pressupõem, ao lado do fato típico, a periculosidade, ou seja, que o agente possa vir a praticar outro crime. Tratando-se de inimputável, a definição da medida cabível ocorre, em um primeiro plano, considerado o aspecto objetivo — a natureza da pena privativa de liberdade prevista para o tipo penal. Se o é de reclusão, impõe-se a internação. Somente na hipótese de detenção é que fica a critério do juiz a estipulação, ou não, da medida menos gravosa — de tratamento ambulatorial. A razão de ser da distinção está na gravidade da figura penal na qual o inimputável esteve envolvido, a nortear o grau de periculosidade — artigos 26, 96 e 97 do Código Penal" (In *DJU*, 18/set/1992, Seção I, p. 15.409).

Indiciado, processado, condenado, e doença mental superveniente. A legislação também prevê as hipóteses de superveniência de doença mental ou perturbação da saúde mental durante o inquérito policial, no decorrer da ação penal, ou depois da condenação criminal. Se isso ocorrer durante o inquérito ou processo penal, o Juiz poderá ordenar a internação do indiciado ou do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado, ficando suspenso o inquérito ou a ação penal, até que o paciente se restabeleça. O condenado a que sobrevier doença mental deverá ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (manicômio judiciário) ou, à falta, a outro estabelecimento adequado (Código Penal, art. 41; Código de Processo Penal, arts. 154 e 682; Lei n.º 7.210, de 1984 — Lei das Execuções Penais, art. 183).

Comentários de Clóvis Beviláqua. Clóvis Beviláqua, autor do Projeto de Código Civil brasileiro e seu mais abalizado comentarista, assim se manifesta sobre as duas expressões em destaque:

"Loucos de todo o gênero — Esta é a expressão tradicional em nosso direito; mas não é a melhor. O Projeto primitivo preferia a expressão *alienados* de qualquer espécie, porque há casos de incapacidade civil que não se poderiam, com acerto, capitular como de loucura. Alienados são "aqueles que, por organização cerebral incompleta, por moléstia localizada no encéfalo, lesão somática ou vício de organização, não gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suficientes para se conduzirem, socialmente, nas várias relações da vida" (Direito de Família). O diagnóstico importa ao médico; ao jurista o que interessa é a vida social, que pode ser perturbada pela ação dos alienados. "Só será alienado, diz AFRÂNIO PEIXOTO, aquele cujo sofrimento o torne incompatível com o meio social. São os casos de *insanidade mental permanente* ou *duradoura*, que determinam a incapacidade, desde que se caracterizem por uma *grave alteração nas faculdades mentais*, seja a inteligência, a emotividade ou o querer. Os *estados transitórios* apenas viciam os atos praticados durante

eles. Para os primeiros, estabelece o Código a *curatela* (arts. 446 e segs.) e, além da incapacidade geral, a especial para fazer testamento (art. 1.627, II). Se a alteração das faculdades mentais não é grave, embora duradoura, e permite ao paciente reger a sua pessoa e os seus bens, não há necessidade nem conveniência de feri-lo com a incapacidade absoluta. Por ocasião de se discutir o *Projeto do Código Civil*, dois distintos Professores, o Dr. NINA RODRIGUES (*O alienado no direito civil*, pp. 27-37) e o Dr. RODRIGUES DÓRIA (*Trabalhos da Câmara*, III, pp. 63 e 64 e 179 e 180), propuseram que se contemplassem os *afásicos* entre os incapazes desta classe, mas a Câmara não os quis acompanhar. E no que andou bem se pode ver das seguintes palavras de AFRÂNIO PEIXOTO: "A fórmula das legislações, que, no futuro, tiverem de abrigar, como modificadoras da capacidade, aos afásicos, deve ser muito geral e discreta para não cometer desazos em assunto, em que já uma perícia criteriosa é muito difícil" (*Medicina Legal*, p. 33). Quando, no afásico, a inteligência subsiste íntegra, está ele, naturalmente, fora da classe dos alienados, e não é justo considerá-lo incapaz; quando há insanidade mental grave, da qual resulte ou com a qual se ache ligada a afasia, então, o indivíduo deve ser considerado incapaz; porém será um alienado. A fórmula tradicional do Código — *loucos de todo o gênero* — foi com grande competência criticada pelo Dr. RAUL CAMARGO, Curador de Órfãos do Distrito Federal. A questão foi debatida por competentes e por especialistas, e a *Sociedade de Psiquiatria e Neurologia*, apoiando a crítica do Dr. RAUL CAMARGO, pronunciou-se pela necessidade de substituir a expressão *infeliz* por outra mais adequada, como *alienados de todo o gênero, ou loucos e deficientes mentais*, porque "louco" é o doente de um processo material ativo — e há enfermos ou anômalos de mente, pecos ou retardados na evolução cerebral (idiotas, imbecis, cretinos, débeis mentais), há outros regredidos ou degradados por involução cerebral (todos os estados demenciais, desde os mais ou menos precoces por doenças, até os mais ou menos demorados) que, nem sempre, são casos propriamente de loucura, mas, por igual, senão as mais das vezes, tanto e mais incapazes que os outros, e todos, uns e outros, justamente *alienados*". O Código não considerou os *lúcidos intervalos* que, pelo direito anterior (*Ords.* 4, 103, § 3.º), determinavam o restabelecimento da capacidade. O direito romano dispunha do mesmo modo que as *Ords.* A doutrina do Código tem melhor apoio na ciência, que sob as cinzas das remissões, descobre sempre o braseiro da enfermidade. (Veja-se NINA RODRIGUES, *O alienado no direito civil brasileiro*, pp. 129 a 148)"¹.

Note-se, *en passant*, que a expressão "alienado de qualquer espécie", preferida pelo *Projeto primitivo* de Clóvis Beviláqua, também não primava por uma precisão terminológica. O termo "alienado" não só pressupõe que o indivíduo está despossuído de sua personalidade, como pode ser aplicado a um grande número de *doenças mentais e, em certo sentido, a todas elas*.

1 BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, Rio, Francisco Alves, 1959, 12ª ed., vol. 1, art. 5º

"Pródigos — O *Projeto primitivo* e o *revisado* desconheciam a incapacidade do pródigo. Introduziu-a, porém, a Comissão da Câmara, por sugestão do Conselheiro ANDRADE FIGUEIRA. A curadoria dos pródigos está regulada nos arts. 459 a 461. Discutindo esta matéria perante a Comissão da Câmara, justifiquei o *Projeto primitivo* com as seguintes razões: "A história do direito nos diz que a interdição por prodigalidade apareceu em uma época, em que havia uma espécie de compropriedade da família, na qual os herdeiros de uma pessoa, ainda durante a vida desta, eram considerados seus consórcios. *Et vivo parente domini existimantur*. Nesse tempo, a interdição só se referia, aliás, aos bens que o indivíduo, por força de lei, herdava dos seus parentes. Diz, de modo preciso, a fórmula que foi conservada por Plauto: *quando tibi bona paterna avitae nequitia tua desperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re commercioque interdicto* (*Receptae sententiae*, III, 4, § 7.º). Todos os outros bens adquiridos pelo trabalho próprio ou por testamento podia o indivíduo gastar à vontade, como entendesse, sem que por isso, estivesse ameaçado de interdição. O direito pretoriano ampliou essa primeira noção da prodigalidade a todos os casos de desperdícios, e essa tendência foi confirmada por alguns rescritos imperiais. Todavia, Leão, o filósofo na Cnst. XXXIX do Código, confessa não compreender a necessidade da interdição por prodigalidade e procura imprimir uma outra orientação ao direito, considerando nulos os atos desarrazoados, e válidos os que se mostrassem emanados de uma vontade dirigida pela razão. As *Ordenações do reino*, liv. IV, tit. 103, consideram pródigo o que *desordenadamente gasta e destrói a sua fazenda*, e para eles decreta a interdição. MELO FREIRE, porém, explicou, plausivelmente, que se deveria restringir o qualificativo àquele que desperdiçasse os seus bens sem fim, e como um louco, ponderação que se conforma com a mente da lei, pois que a *Ordenação* do livro 103 une as idéias de alienação e prodigalidade em sua inscrição: — *Dos curadores, que se dão aos pródigos e aos mentecaptos*. Consequentemente, a interdição por prodigalidade, começando por ser uma garantia da propriedade comum, transformou-se, com os tempos, numa interdição por debilidade mental. Os economistas dividem-se. Achem alguns que os pródigos são inócuos, porque aquilo que despendem entra na circulação da riqueza social; outros opiram que são nocivos, porque perturbam o desenvolvimento da riqueza social. Representam essas duas correntes CAUWES e BASTIAT. A psiquiatria revela-nos que há certas síndromes degenerativas que se revelam pelos gastos imoderados, os quais andam, ordinariamente, associados a outros, a mania do jogo e a dipsomania ou vontade impulsiva de beber. Atendendo a essas ponderações, reconhecendo a necessidade de garantir o direito individual contra as maquinações da ganância, da preguiça e da imoralidade, o jurista deve declarar: — ou a prodigalidade é um caso manifesto de alienação mental, e não há necessidade de destacá-la, para constituir uma classe distinta de incapacidade, pois entra na regra comum; ou tal não é positivamente, e não há justo motivo para feri-la com a interdição. Os alienados pródigos,

sejam interditos, porque são alienados; os pródigos de espírito lúcido e razão íntegra, sejam respeitados na sua liberdade moral, pois sob color de proteger-lhes os bens, faz-se-lhes gravíssima ofensa ao direito de propriedade e à dignidade humana (*Trabalhos da Câmara*, IV, pp. 115 e 116; *Teoria geral do direito civil*, § 10, VII). Com essa conclusão, mostra-se de acordo AFRÂNIO PEIXOTO, no seu apreciado compêndio de *Medicina Legal*, pp. 31 e 32 da primeira edição².

Atualidade das lições de Clóvis Beviláqua. As longas transcrições integrais da obra de Clóvis Beviláqua servem, a tempo, a vários propósitos. Homenageiam o autor, cujas lições, em estilo ático e elegante, têm sobrevivido ao tempo. Fornecem uma resenha dos debates travados por ocasião da discussão do atual Código Civil. Relatam o grau de evolução da Psiquiatria no início do século e as dificuldades encontradas na assimilação de seus resultados pelo mundo jurídico.

As lições de Clóvis Beviláqua sobre os conceitos de "louco de todo o gênero" e "pródigo" continuam acatadas e reproduzidas nas edições mais recentes de obras jurídicas dos autores mais modernos. Pondere-se, contudo, com G. G. Granger, que "um conceito não é certamente uma coisa; mas também não é apenas a consciência de um conceito. Um conceito é uma ferramenta e uma história, isto é, um feixe de possibilidades e de obstáculos, comprometido num mundo vivido"³.

Loucos de todo o gênero e pródigos no Direito Comercial. Na seara do Direito Comercial, é certo que o incapaz, seja por loucura, seja por prodigalidade, não pode ser comerciante individual. Discute-se, todavia, até hoje, a respeito dos efeitos de uma interdição superveniente, por aquelas razões. Carvalho de Mendonça distingue entre o pródigo e o louco, para permitir a este e negar àquele a continuação do exercício do comércio após a interdição. No caso de loucura, continuará o negócio sob a gerência do curador ou do preposto por este nomeado, com a autorização do juiz. Quanto ao pródigo, a solução não seria possível porque, sendo ele assistido e não representado pelo seu curador, seria sempre necessária, para a validade de qualquer ato, a manifestação simultânea de duas vontades, muitas vezes divergentes, surgindo daí, isto é, de ser autorizada a continuação do comércio pelo pródigo, assistido pelo seu curador, situação anômala, indefinível e incompatível com o exercício do comércio⁴. João Eunápio Borges discorda. Para ele, nem o pródigo nem o louco poderá iniciar ou continuar o exercício do comércio⁵.

2 BEVILAQUA, Clóvis. Ob. cit., na nota (1), supra, art. 6º

3 GRANGER, G. G. *Pensée Formelle et Sciences de L'Homme*, Ed. Mouton, 1960, p. 23.

4 CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de Direito Comercial*, vol. 2º, nºs 22 e 23.

5 BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*, Rio, Forense, 1991, p. 157.

3. Surge a Psicanálise

Psicanálise, um saber inacabado. A Psicanálise — como o Direito — é um saber inacabado. Como ciência autônoma, tem por objeto de estudo o inconsciente. E só começou a ser estudada a partir da obra de Sigmund Freud, seu fundador. Freud nasceu em 1856 e morreu em 1939⁶. Sua obra deve ser compreendida numa perspectiva histórico-evolutiva. Durante sua vida, ele formulou e reformulou conceitos, a partir de observações clínicas registradas com rigor científico. O próprio Freud partiu do estudo aprofundado da Neurologia, caminhou pela Psiquiatria e pela Psicologia e, só depois num lance de genialidade, comparável aos de Copérnico e de Darwin⁷, lançou as bases definitivas da Psicanálise. No *Projeto para uma Psicologia Científica*, descoberto e publicado pela primeira vez depois da morte de Freud, este se empenhara em criar uma Psicologia para neurologistas, como ciência natural, representando os processos psíquicos como estados, quantitativamente determinados, de partículas materiais passíveis de especificação. A sua primeira tópica do aparelho psíquico, dividindo-o nos sistemas Inconsciente, Pré-Consciente e Consciente, foi formulada a partir de noções utilizadas naquele Projeto: Q (quantidade de ordem de grandeza intercelular); phi (sistema de neurônios permeáveis); psi (sistema de neurônios impermeáveis); ômega (sistema de neurônios perceptuais); W (percepção); V (representação) e M (imagem motora).

A grande virada de Freud. A grande virada de Freud ocorreu por volta de 1905, merecendo especial destaque as suas obras *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade* (1905) e *A Organização Genital Infantil (Uma Interlocução na Teoria da Sexualidade)* (1923). Na Carta n.º 69, dirigida a Fliess, ele confessa que não confia mais na sua *neurótica*. E passa a elaborar a segunda tópica, que considera as instâncias do Ego, do Id e do Superego⁸. Mas Freud ainda permaneceu em seu ostracismo por muito tempo. Assim, não é de se admirar que, em 1916, as suas idéias não tivessem nenhuma repercussão na elaboração do Código Civil brasileiro.

Desenvolvimento da Psicanálise. Mas não é só. Já vimos que o próprio Freud, no decorrer de sua vida, formulou e reformulou conceitos, a partir de observações clínicas, registradas com rigor científico. Ademais, a obra freudiana, redigida em alemão, além do seu inédito e originalidade, só passou a ser amplamente divulgada para o mundo através de traduções

6 JONES, Ernest. *Vida e Obra de Sigmund Freud*, Rio, Zahar, 1961.

7 ASSOON, Paul Laurent. *Freud, a Filosofia e os Filósofos*, Rio, Francisco Alves, 1978, p. 101. (O primado da consciência exprime o dogma narcísico da filosofia tal como a concebe Freud. Vemos isso em *Uma dificuldade da psicanálise*: é o narcisismo da humanidade que cria as resistências às três grandes descobertas: a de Copérnico, a de Darwin e a do Inconsciente. Dessas três feridas narcísicas, a última é a mais cruel, pois obriga o Ego humano a renunciar o seu próprio domínio.)

8 LAPLANCHE, J., e PONTALIS, J. B. *Vocabulário de Psicanálise*, Lisboa, Martins Fontes, 1966, 10ª ed. brasileira, verbete Tópica.

inglesas e francesas que, nem sempre, foram fiéis a determinadas sutilezas do idioma germânico. Lacan iniciou uma releitura do texto freudiano, com recursos aos conhecimentos da Semiologia e da Lingüística⁹.

⁹ Lacan valeu-se, principalmente, das idéias de Saussure que, no seu *Curso de Lingüística Geral*, publicado pela 1ª vez em 1916, postulava a existência de uma ciência geral dos signos, ou Semiologia, de que a lingüística seria apenas uma parte. Alguns autores mais modernos, entretanto, questionam a postulação de Saussure. Roland Barthes escreve o seguinte: "... é necessário admitir a partir de agora a possibilidade de inverter um dia a proposição de Saussure: a lingüística não é uma parte, mesmo privilegiada, da ciência geral dos signos; é a semiologia que é uma parte da lingüística; mais precisamente, a parte que toma a seu cargo as grandes unidades significantes do discurso; surgiria assim a unidade das investigações que se fazem atualmente em antropologia, em sociologia, em psicanálise e em estilística, à volta do conceito de significação."

Ao estudarem a estrutura do signo, os autores mais modernos utilizam-se de dados derivados da lingüística estrutural. E distinguem, como seus componentes, o significado e o significante.

Para a Semiologia, significado é a representação psíquica da coisa, o conceito. O significante é um mediador. Na língua, o significado está, de certa maneira, atrás do significante, e só pode ser atingido através deste.

A significação pode, pois, ser concebida como um processo: é o ato que une o significante ao significado, cujo produto é o signo, assim representado: Se

So

Lacan retoma o grafismo especializado de Saussure, modificando-o em dois pontos: (1º) o significante (S) é global, constituído por uma corrente, com níveis múltiplos (corrente metafórica): significante e significado só "coincidem" em certos pontos de ancoragem; (2º) a barra de separação entre o significante (S) e o significado (s) tem um valor próprio (que não tinha evidentemente em Saussure): representa o recalçamento do significado. Lacan propõe, então, a seguinte representação gráfica, diferente da de Saussure: S. (BARTHES, Roland, *Elementos de Semiologia*, Rio, Edições 70, 1988, *passim*).

S

tos de Semiologia, Rio, Edições 70, 1988, *passim*).

Fragmento tirado do estudo do caso do "Homem dos Ratos" (1909) ilustrará e tornará mais compreensível essas idéias para o leitor jurista.

O "homem dos ratos", jovem e inteligente advogado, de mente clara e sagaz, procurou Freud para tratar-se de uma neurose obsessiva. Um de seus impulsos de obsessão suicida manifestou-se sob a forma de mania de emagrecer: "começou a levantar-se da mesa antes de servirem a sobremesa e apressar-se pela rua, sem o chapéu, sob o calor ofuscante do sol de agosto; a seguir também subiu com pressa uma montanha, até parar, forçado e vencido pela transpiração."

A análise revelou o seguinte. Sua namorada estava veraneando na companhia de um primo inglês, que era muito solícito para com ela, e de quem o paciente estava muito enclumado. O nome do primo era Richard, e o apelido, Dick. Dick, em alemão, significa "gordo". O paciente, com sua mania de emagrecer, queria "matar" o dick. Nesse contexto, a palavra "dick" aparece como o significante. O significado, barrado pelo recalçamento, seria: primo, rival...

S : dick (gordo)

s : primo, rival

(FREUD, Sigmund, O Homem dos Ratos, In *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas*, Rio, Imago, vol. X, *passim*).

4. A prodigalidade e a loucura na Filosofia e na Literatura

A prodigalidade na literatura de Machado de Assis. Exemplo de prodigalidade pode ser encontrado num dos personagens de Machado de Assis: "Costa era um dos cidadãos mais estimados de Itaguaí. Herdara quatrocentos mil cruzados em boa moeda de el-rei D. João V, dinheiro cuja renda bastava, segundo lhe declarou o tio no testamento, para viver "até o fim do mundo". Tão depressa recolheu a herança, como entrou a dividi-la em empréstimos, sem usura, mil cruzados a um, dois mil a outro, trezentos a este, oitocentos àquele, a tal ponto que, no fim de cinco anos, estava sem nada. Se a miséria viesse de chofre, o pasmo de Itaguaí seria enorme; mas veio devagar; ele foi passando da opulência à abastança, da abastança à mediania, da mediania à pobreza, da pobreza à miséria, gradualmente. Ao cabo daqueles cinco anos, pessoas que levavam o chapéu ao chão, logo que ele assomava ao fim da rua, agora batiam-lhe no ombro, com intimidade, davam-lhe piparotes no nariz, diziam-lhe pulhas. E o Costa sempre lhano, risonho. Nem se lhe dava ver que os mesmos cortesões eram justamente os que tinham ainda a dívida em aberto; ao contrário, parece que os agasalhava com maior prazer, e mais sublime resignação. Um dia, como um desses incuráveis devedores lhe atirasse uma chalaça grossa, e ele risse dela, observou um desafeiçoado, com certa perfídia: — "Você suporta esse sujeito para ver se ele lhe paga". "Costa não se deteve um minuto, foi ao devedor e perdoou-lhe a dívida". — "Não admira, retorquiu o outro; o Costa abriu mão de uma estrela, que está no céu". Costa era perspicaz, entendeu que ele negava todo o merecimento ao ato, atribuindo-lhe a intenção de rejeitar o que não vinham meter-lhe na algibeira. Era também pundonoroso e inventivo; duas horas depois, achou um meio de provar que não lhe cabia tal labéu: pegou de algumas dobras, e mandou-as de empréstimo ao devedor"¹⁰.

Anatole France comentado por Sándor Ferenczi. Em trabalho intitulado *Anatole France, Psicanalista*, Sándor Ferenczi observa — como Freud já o fizera — que alguns filósofos e literatos atingiram, pela inspiração, aqueles fundamentos da vida psíquica, que a análise só veio a descobrir mais tarde. Anatole France escreve o seguinte, em *Le Temps*, no artigo "Les fous dans la littérature" (1887): "E o que é a loucura, no fim de contas, senão uma espécie de originalidade mental? Digo a loucura e não a demência. A demência é uma perda das faculdades intelectuais. A loucura é apenas um uso bizarro e singular dessas faculdades". Sándor Ferenczi observa: "Essa luminosa definição de Anatole France é infinitamente mais justa do que a maior parte das que têm sido propostas pelos psiquiatras profissionais, que quiseram explicar pela anatomia as neuroses e as psicoses mais indiscutivelmente funcionais e aplicar-lhes, tanto quanto possível, o rótulo da demência". Anatole France escreve, mais: "Quem se pode vangloriar de não ser louco em nada? Acabo de procurar no Dicionário

¹⁰ MACHADO DE ASSIS. *O Alienista e outros contatos*, São Paulo, Ed. Moderna, 1961, p. 11.

de Littré e Robin a definição de loucura e não a encontrei; e pelo menos aquela que aí se lê é praticamente destituída de sentido. Esperava um pouco isso, pois a loucura, quando não está caracterizada por nenhuma lesão anatômica, permanece indefinível. Dizemos que um homem é louco quando não pensa como nós. Eis tudo. Os médicos alienistas — prossegue Anatole France — “acham que um homem é louco quando ouve o que os outros não ouvem e vê o que os outros não vêem; entretanto, Sócrates consultava seu demônio e Joana D’Arc ouvia vozes”. Sándor Ferenczi continua: “De momento, não acompanharemos, nós psicanalistas, o autor em suas reflexões nesse terreno filosófico. Ainda temos muito a fazer por um longo tempo para reunir e filtrar os dados obtidos por meio da clínica psicológica”¹¹.

Questões. Sándor Ferenczi faleceu em 1933. O texto acima acha-se no volume de suas obras escritas de 1908 a 1912. Que dados obtidos por meio da clínica psicológica já foram reunidos e filtrados desde então? Em outras palavras, o que significa, hoje, a expressão “loucos de todo o gênero”? E mais, qual a concepção da prodigalidade, à luz da evolução atual da ciência psicanalítica? Qual a atualidade da lição de Clóvis Beviláqua sobre a incapacidade do pródigo, repudiada pela Comissão da Câmara?

5. *Direito e Psicanálise se entrelaçam*

O trabalho da jurisprudência. É certo que as Cortes têm sabido dosar com prudência a hermenêutica das expressões “loucos de todo o gênero” e “pródigo”, nos processos de interdição. Contudo, a Justiça fica na dependência de laudos de psiquiatras. Casos são conhecidos de internamentos indevidos de esposas pelos maridos, de filhos pelos pais, e pais pelos filhos, como doentes mentais. Num país carente e com um sistema de saúde precário, não é difícil imaginar o potencial de risco de internações e, mesmo, interdições indevidas. A história de determinados países do Leste Europeu revela casos de internamento de dissidentes políticos em asilos para alienados mentais. No Brasil, a imprensa divulgou recentemente dados de processo administrativo instaurado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, que culminou na aplicação de penas de cassação do exercício da Medicina a alguns psiquiatras acusados de convivência com torturadores no período da última ditadura militar¹². Como evitar, em circunstâncias como essas, uma ditadura dos psiquiatras? A resposta a essas questões não pode dissociar-se, naturalmente, da preocupação com os direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados na Constituição Federal: o direito à liberdade, o direito de ir e vir, o direito à livre manifestação do pensamento, o direito à intimidade,

11 FERENCZI, Sándor. *Obras Completas*, São Paulo, Martins Fontes, 1991, vol. I, cap. IX.

12 In *Jornal do Brasil*, edições de 17 de julho, 12 de agosto e 9 de setembro de 1992.

à vida privada, à honra, à imagem, todos expressamente assegurados pelo art. 5.º da Carta Magna.

Conceito de normalidade em Direito. Dificuldades provenientes da noção de culpa. As normas jurídicas, generalizadamente, destinam-se ao homem comum do povo, ao homem médio, "normal" (*ni ange ni bête*). O conceito de normalidade manifesta-se quase onipresente no ordenamento jurídico.

Tanto o Código Civil como o Penal referem-se expressamente à noção de culpa. O Código Civil baseia a responsabilidade civil na culpa, uma noção imprestável para fundamentá-la¹³.

Na verdade, Clóvis Beviláqua, num lance de genial antevisão, excluíra deliberadamente a noção de culpa da conceituação do ato ilícito. Eis suas palavras textuais: "No Projeto primitivo, o ato ilícito aparecia somente como causa geradora das obrigações no livro respectivo. A Comissão revisora destacou-o, porém, na parte geral, sem atender a que lhe faltava para isso a necessária amplitude conceitual, e alterando, assim, o sistema do Projeto. Alteração mais profunda proveio da emenda do Senado, que introduziu no conceito do ato ilícito a *menção da culpa, estranha ao "Projeto primitivo"* e que a Câmara não julgara necessário acrescentar ao dispositivo"¹⁴. Por não ser Clóvis um europeu, por ser ele brasileiro e cearense, sua visão não foi compreendida naquela época. Contudo, o tempo se incumbiu de demonstrar que ele estava certo. Em 1939, no mesmo ano de falecimento de Freud, o Congresso Internacional da Associação Henri Capitant, realizado no Canadá, concluiu o seguinte: "em nenhuma parte o legislador rompeu definitivamente com o conceito de culpa; no entanto, a noção de culpa sofreu certos abrandamentos; a noção de culpa passou a se confundir com a própria noção do ilícito; *confunde-se a culpa com o ato ilícito*"¹⁵.

Ao versarem sobre a responsabilidade civil, os doutrinadores do Direito, em face da perturbadora noção de culpa, viram-se diante de um dilema. Depararam com dois critérios para aferi-la. Um, *objetivo*, tem em vista o homem médio, comum, *normal*, portador de atenção e diligência ordinárias, exigíveis da generalidade das pessoas. Outro, *subjetivo*, rejeita como paradigma a abstração do homem médio, recomendando que se tenha em vista a personalidade do indivíduo em questão, isto é, suas condições personalíssimas (idade, sexo, cultura, etc.).

As legislações oscilam entre um critério e outro, ao estabelecerem o padrão de diligência para os administradores de sociedades comerciais, por exemplo.

13 LIMA, Osmar Briza Corrêa. "Imprestabilidade do conceito de culpa como fundamento da responsabilidade civil". In *Responsabilidade Civil dos Administradores da Sociedade Anônima*, Rio, Alde, 1989, cap. 13.

14 BEVILÁQUA, Clóvis. Ob. cit., na nota (1), supra, art. 159.

15 LIMA, Osmar Briza Corrêa. Ob. cit., na nota (13), supra, p. 107.

No Brasil, como na Itália, adotou-se o critério *objetivo*. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, comentando o art. 153 da Lei n.º 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), escrevem o seguinte: "Outras legislações, como a inglesa, levam em consideração aquilo que razoavelmente se pode esperar de uma pessoa com os conhecimentos e a experiência do administrador em questão. Não é o que ocorre no nosso direito, que elege como termo de aferição de conduta uma *pessoa ideal*, sem atender necessariamente para as características do membro do Conselho ou Diretor"¹⁶.

Dissertando sobre o art. 1.710 do Código Civil italiano, Alessandro Borgiaoli explica que a lei alude à diligência do mandatário, isto é, do bom pai de família, acrescentando: "o legislador quis referir-se a um critério de diligência *normal*: não a uma diligência especial (*menor*, como, por exemplo, no depósito gratuito, ou *maior*, como, por exemplo, no exercício de atividade profissional)"¹⁷.

Apesar de adotado o conceito quase onipresente de "normalidade", o Direito não elabora nenhuma descrição analítica desse paradigma abstrato de homem "normal", deixando a cargo dos juízes o julgamento, caso a caso. A situação complica-se quando, num processo de interdição, por exemplo, o magistrado precisa decidir sobre o que seja normalidade psíquica.

Conceito de normalidade em Psicopatologia fenomenológica. Em Psicopatologia (disciplina que tem por objeto de conhecimento as anormalidades da vida mental), o critério de anormalidade será meramente descritivo, se adotado um enfoque fenomenológico. Anormal, em Psicopatologia fenomenológica, é todo fenômeno ou processo que se desvia ou diferencia do normal. Existem também dois critérios de normalidade: 1.º) o estatístico ou quantitativo: é normal o que se manifesta com frequência na população total, segundo a idade, o sexo, a raça, etc.; o padrão de medida é o medíocre; 2.º) o teleológico, de adequação ou qualitativo: normal é o que se conforma com um tipo ideal de normalidade, frequentemente imaginado em conformidade com uma determinada concepção filosófica ou político-social, adotada como *dever ser (sollen)*; de acordo com este segundo critério, o normal é normal não por sua conformidade à lei de constituição íntima, senão por sua conformidade à lei de constituição íntima, no sentido de essência¹⁸.

16 TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, José Bushatsky, 1979, vol. II, p. 471.

17 BORGIOOLI, Alessandro. *I Diretori Generali di Società per Azioni*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 312.

18 DELGADO, Honório. *Curso de Psiquiatria*, Madrid, Ed. Científico-Médica, 1978, pp. 16/19.

Como se percebe, só na mente do personagem Simão Bacamarte, do conto de Machado de Assis, "a loucura e a razão estão perfeitamente delimitadas". Eis as suas palavras, no diálogo com o vigário Lopes: "— Supondo o espírito humano uma vasta concha, o meu fim, sr. Soares, é ver se posso extrair a pérola, que é a razão; por outros termos, demarquemos definitivamente os limites da razão e da loucura. A razão é o perfeito equilíbrio de todas as faculdades; fora daí insânia, insânia e só insânia [...]. Com a definição atual, que é a de todos os tempos, acrescentou, a loucura e a razão estão perfeitamente delimitadas. Sabe-se onde uma acaba e onde a outra começa. Para que transpor a cerca?"¹⁹ Contudo, todos sabemos o triste fim do alienista Simão Bacamarte.

6 *Desenvolvimentos em Psiquiatria e Psicologia*

Evolução da Psiquiatria e da Psicologia. De 1916 (ano de promulgação do Código Civil Brasileiro) até os dias atuais, a Psiquiatria e a Psicologia evoluíram sensivelmente, sob o impacto das pesquisas psicanalíticas e psicofarmacológicas. No início do século, a Psiquiatria caracterizava-se pela abordagem basicamente fenomenológica, tendo evoluído gradualmente para um enfoque psicanalítico.

Visão fenomenológica. Os livros de Psiquiatria até hoje estudados ainda costumam adotar aquela estrutura fenomenológica. Elaboram uma espécie de análise das funções da vida psíquica, descrevendo e analisando sintomas. Há uma ênfase acentuada na Semiologia (ramo da Medicina que estuda os sinais e os sintomas da doença). A Psiquiatria estuda, entre outros, os distúrbios da senso-percepção, do sentimento, da atenção, da consciência, da inteligência e da memória. Segundo Ey, Bernard e Brisset, a Semiologia opera um tipo de corte transversal através das experiências mórbidas (confusão, experiências delirantes e alucinatórias, melancolia, etc.)²⁰. Porém esta análise fenomenológica dos distúrbios deixa fatalmente de lado as alterações duradouras da personalidade, que esses distúrbios habituais podem mascarar ou deformar.

Visão psicanalítica. Não caberia nos estreitos limites deste trabalho sequer efetuar uma síntese da Semiologia. Com base nessa ciência foram elaboradas teorias sobre a etiologia das neuroses e psicoses. A obra de Freud surge como uma espécie de divisor de águas. Ao introduzir as etapas do desenvolvimento da libido e pesquisar como os sintomas aparecem na vida adulta, Freud deu início a uma compreensão epistemológica da Semiologia. Concentrando-se principalmente no estudo das neuroses, ele formulou e abandonou a teoria do trauma, segundo a qual a neurose decorreria de fator constitucional associado a um trauma. Posteriormente, afirmou que "as neuroses são, por assim dizer, o negativo das perversões".

19 MACHADO DE ASSIS. Ob. cit., na nota 10, supra, pp. 10/11.

20 EY, Henry, Bernard, P., e BRISSET, C. *Manual de Psiquiatria*. São Paulo, Ed. Masson, 5ª ed., p. 87.

sões"²¹. E finalmente, por volta de 1920, formulou o último esquema da etiologia das neuroses com caráter dinâmico e evolutivo.

Evolução da libido. A libido evolui passando por etapas, a saber:

oral primária,
oral secundária,
anal primária,
anal secundária, e
fálica²².

Pontos de fixação da libido. Num desenvolvimento saudável, a libido transita evolutivamente pelas cinco fases acima. Eventualmente, a libido como que tropeça numa daquelas fases, gerando uma marca, uma espécie de cicatriz, um ponto de fixação, que perturba o desenvolvimento. Teoricamente, essa fixação da libido num daqueles pontos pode pôr em movimento um processo mórbido, através de um fator desencadeante inespecífico, funcionando como o gatilho que dispara o tiro.

O marco do complexo de Édipo. O complexo de Édipo aparece como um marco-referencial: o psicótico não consegue resolvê-lo. O neurótico o resolve mal. Mas, de qualquer forma, na neurose, estaria ultrapassada a situação triangular edípica. O complexo de Édipo e o complexo de castração constituem o arcabouço fundamental do edifício da ciência psicanalítica²³. Em outras palavras, poder-se-ia afirmar que o psicótico, a rigor, permanece nas fases oral e anal. Não consegue sequer ingressar na fase fálica, naquilo que ela representa de corte na relação simbiótica "mãe-fálica/filho-narcisista". Com base nestas constatações, a teoria elaborou a moderna classificação das três grandes estruturas psicológicas: a neurótica, a psicótica e a perversa.

Castração e mecanismos de defesa. As palavras abaixo, de Liliane Zolty, podem aplicar-se ao Direito e a vários de seus conceitos. Especial-

21 FREUD, Sigmund. *Três Ensaos sobre a Sexualidade*, Ed. Standard, vol. VII, p. 155.

22 Hélio PELLEGRINO percebe duas etapas na fase fálica: "A fase fálica do desenvolvimento sexual infantil implica duas etapas, marcadas pelas teorias sexuais infantis construídas em cada uma delas. Na primeira, a criança elabora uma teoria sexual pela qual só existe um sexo, o masculino. Todos os seres humanos são dotados de pênis, que aqui surge como falo, como objeto imaginário, e não como uma realidade. No caso do menino, o falo corresponde ao pênis, anatomicamente presente. No caso da menina, a falta de pênis simplesmente não é assinalada. Há uma negação dessa falta, através de um objeto, que é o falo [...]. Na segunda etapa da fase fálica, a criança descobre a falta do pênis nas meninas e nas mulheres. Essa falta será lida não como significando a diferença sexual e, como tal, constituindo a oposição significativa masculino-feminino [...]; a criança permanece fiel à sua teoria de que todos os seres humanos têm o falo, mas constata, perplexa, que ele pode ser perdido. Há criaturas que foram despojadas de seu falo, e a prova disto é que lhes falta o pênis, vivido como falo" (Édipo e Paixão, In *Tempo Psicanalítico*, XI (I), 2-9 (1988).

23 PELLEGRINO, Édipo e Paixão. (Édipo e Paixão. In *Tempo Psicanalítico*, XI (I), 2-9 (1988).

mente àquelas relacionados com a vida psíquica, como o contido na expressão "loucos de todo o gênero", do Código Civil Brasileiro: "Os conceitos psicanalíticos têm resistido às definições demasiadamente estritas e têm sido carregados de significações múltiplas e até contraditórias. Como então encontrar para cada um desses conceitos sua significação mais exata? O desenvolvimento da Psicanálise, a diversidade das correntes teóricas e a vulgarização do vocabulário psicanalítico tornaram impossível a determinação de um sentido unívoco para cada conceito. Conforme as palavras que o exprimem, a perspectiva que o situa e o artifício de sua exposição, o conceito muda e se diversifica. O sentido conceitual é sempre determinado pela articulação do conceito com o conjunto da trama teórica, pela experiência da prática, pelas palavras que o enunciam e até pelo lugar que o referido conceito ocupa, numa dada época, na linguagem dos psicanalistas. Por isso, um conceito psicanalítico recebe tantos sentidos quantas são suas pertencas a contextos diferentes; essa é a razão de podermos afirmar que, em Psicanálise, toda significação conceitual é, definitivamente, uma conceituação contextual. Contudo, essa falta de uma significação unívoca atribuível a uma noção não prejudica, como poderíamos temer, a coerência de nossa teoria. O rigor não nos exige a supressão de todo e qualquer conceito ambíguo, mas exige que se encontre, dentre as diversas significações contextuais, a significação principal. Como então avaliar e escolher o sentido conceitual mais preciso? Alguns autores escolhem o sentido histórico, reconstruído segundo as grandes etapas da evolução de uma noção"²⁴.

Diferença entre a estrutura neurótica e a psicótica. Para se estabelecer a diferença básica entre a estrutura neurótica e a psicótica, a ciência atual nos fornece algumas noções básicas, todas elas referenciadas ao conceito de castração: a de recalçamento ou recalque (*Verdrangung*), a de recusa (*Verleugnung*) e a de forclusão ou foraclusão (*Verwerfung*). Com aquelas palavras de Liliâne Zolty em mente, vejamos, sumariamente, cada um deles.

Castração. Como observa, Juan David Nasio, em *Psicanálise*, o conceito de "castração" não corresponde à aceção habitual de mutilação dos órgãos sexuais masculinos, mas designa uma experiência psíquica completa, inconscientemente vivida pela criança por volta dos cinco anos de idade, e decisiva para a assunção de sua futura identidade sexual [...]. A castração de que se trata é, desde logo, a castração do Outro, da mãe. A dor da experiência da castração consistiu, para a criança, em constatar e perceber no corpo feminino a ausência do pênis que a mãe supostamente possuía²⁵. As observações seguintes, talvez despiciendas para o leitor psi-

²⁴ ZOLTY, Liliâne. Introdução ao livro *Lições sobre os Sete Conceitos Cruciais da Psicanálise*, Rio, Zahar, 1961, pp. 9/10.

²⁵ NASIO, Juan David. *Os Sete Conceitos Cruciais da Psicanálise*, Rio, Zahar, 1961, pp. 14 e 180.

canalista, facilitarão um pouco a compreensão por parte do leitor jurista. O complexo de castração, com as suas conseqüências simbólicas e imaginárias, situa-se a nível do inconsciente. Ademais, ele diz respeito não exclusivamente ao conceito de "pênis", designativo do órgão anatômico masculino, mas estende-se ao de "falo". Como defesa do ego em face da ameaça de castração, aqueles três mecanismos principais já mencionados são utilizados.

Recalcamento (Verdrangung). A pulsão (noção diferente da de instinto) exprime-se em dois registros: o da representação e o do afeto. O recalcamento, basicamente, é a operação pela qual o indivíduo procura repelir ou manter no inconsciente certas representações (pensamentos, imagens, recordações) ligadas a uma pulsão. Trata-se de um processo psíquico universal, que se encontra na origem mesma da constituição do inconsciente. Na verdade, é a partir desse recalcamento que o ser humano passa a se constituir como sujeito. Enquanto defesa relacionada com a castração, o recalcamento é o mecanismo básico, utilizado pelas pessoas ditas "normais" e pelos neuróticos. O indivíduo registra e recalca a castração. O afeto (estado afetivo, penoso ou agradável, vago ou qualificado) relativo ao trauma provocado pela representação não se liga a esta. Pelo contrário, dela desligado, pode converter-se (histeria), deslocar-se (obsessões) ou transformar-se (neurose de angústia). Assim, enquanto a representação inconsciente recalçada permanece no inconsciente como formação real, o afeto inconsciente é uma espécie de rudimento, que não conseguiu o desenvolvimento.

Recusa (Verleugnung). A recusa (*Verleugnung*) já seria um ponto de partida para a psicose²⁶. O indivíduo registra, mas recusa a castração. Tal recusa costuma manifestar-se através da simbolização fetichista. "O fetiche é um substituto do pênis da mulher (da mãe) em que o menininho outrora acreditou e que [...] não deseja abandonar"²⁷. Segundo Freud, a simbolização fetichista cria um certo parentesco entre a perversão e a psicose²⁸. A forclusão, como veremos a seguir, é um mecanismo muito mais drástico.

Forclusão ou forclusão (Verwerfung). Segundo Laplanche e Pontalis, os textos de Freud apresentam uma certa ambigüidade em sua tentativa de definir um mecanismo de defesa específico da psicose²⁹.

Os dois autores franceses informam, no mesmo verbete, acima citado, de seu *Vocabulário*, que coube a Lacan a introdução do termo "Forclu-

26 FREUD, Sigmund. *Algumas conseqüências psíquicas da distinção entre os sexos* (1925), Ed. Standard Brasileira, Rio, Imago, vol. XIX, pp. 314/316.

27 FREUD, Sigmund. *Fetichismo*, (1927) Ed. Standard Brasileira, Rio, Imago vol. XXI, p. 180.

28 *Apud* Laplanche e Pontalis, ob. cit., na nota 8, supra, verbete "Recusa".

29 LAPLANCHE e PONTALIS. Ob. cit., na nota 8, supra, verbete "Rejeição ou Repúdio".

ção" para denominar tal mecanismo. A mesma palavra alemã *Verwerfung*, traduzida como "Rejeição" ou "Repúdio", na 10.^a edição brasileira do *Vocabulário da Psicanálise*, aparece traduzida como "Forclusão", em edições posteriores.

Com a contribuição de Lacan, fica mais fácil estabelecer e manter a correlação entre: (a) recalçamento e neurose; (b) forclusão e psicose; e (c) recusa e perversão.

Parece-nos bastante esclarecedora a alusão do psicanalista baiano Sérgio Santana: "O neurótico incurável da castração, o psicótico incurável da forclusão, o perverso incurável da recusa da castração (*Verleugnung*)..."³⁰.

No estágio atual da evolução da ciência psicanalítica, tem-se entendido, portanto, que a forclusão (ou foraclusão) é o mecanismo de defesa característico do psicótico. A palavra "forclusão", não consignada nos dicionários mais atualizados da língua portuguesa editados no Brasil e em Portugal, foi tomada de empréstimo por Lacan do vocabulário jurídico antigo. No *Dictionnaire Alphabétique & Analogique de la Langue Française*, de Paul Robert (Paris, Société du Nouveau Littre, 1968), são consignados os seguintes verbetes:

Forclusion, n.f. (1.446; de *forclure*). Dr. (Droit): Décheance d'un droit non exercé dans les délais prescrits (perda de um direito não exercido nos prazos prescritos).

Forclure, v.t., 1) exclure; 2) Dr.: priver du bénéfice d'un droit non exercé dans les délais fixés (privar do benefício de um direito não exercido nos prazos fixados).

Contudo, mesmo no Direito francês atual não se utiliza mais a palavra "forclusion". A idéia representada por esse vocábulo, no Direito Brasileiro, traduz-se pelas noções de prescrição, decadência, preclusão e preempção.

A forclusão do psicótico consistiria, então, na falta de simbolização da castração. Não se trata aqui — repetimos — de uma castração no sentido restrito de ablação dos órgãos sexuais masculinos. Trata-se da castração simbólica, representada pela introdução da Lei do Pai ou da Lei da Cultura naquela relação simbiótica entre mãe-fálica e filho narcisista. A Lei do Pai ou Lei da Cultura introduz a criança no universo do simbólico. Representa uma castração e estabelece uma falta, um vazio, em torno do qual gira o desejo da criança, arrancando-a do princípio do prazer para o princípio da realidade. No psicótico, a Lei do Pai ou Lei da Cultura deixa de inscrever-se no momento adequado. Na linguagem lacaniana, fala-se em forclusão do nome do pai: o psicótico não teria a inscrição do significante paterno. Ocorre como que uma "decadência, ou prescrição". Transcorre *in albis* o prazo para aquela inscrição. O

30 SANTANA, Sérgio. Não há sintoma fundamental. In *Circulação Psicanalítica*, Colômbia de Trabalhos organizada por Denise Maurane, Rio, Imago, 1992, p. 46.

psicótico não recalca. Não reconhece e recusa a castração. Simplesmente não a reconhece, não a inscreve. Separa-se incontinenti da percepção insuportável da castração simbólica. Projeta-a de imediato para o exterior. Rejeita a realidade. Cria um centro delirante à parte, instalando o que, na esquizofrenia, se chama uma dissociação (*Spaltung*), que é o caráter fundamental daquela psicose. O delírio responde à forclusão do nome do pai. Em suma, o psicótico simplesmente não inscreve a castração que, por isso mesmo, nem recalca, nem recusa.

Comparações entre os três mecanismos. A recusa seria, então, o mecanismo utilizado pelos "perversos", uma categoria não facilmente enquadrável naquela dicotomia já referida: neuróticos-psicóticos. Enquanto o recalçamento incide na realidade interior, a recusa e a forclusão incidem na realidade externa. Assim, a diferença entre recusa (*Verleugnung*) e forclusão (*Verwerfung*) mostra-se bastante sutil. A recusa (*Verleugnung*) já seria um ponto de partida para a psicose³¹. Nela ainda haveria, contudo, uma certa simbolização fetichista da castração. Segundo Freud, a simbolização fetichista cria um certo parentesco entre a perversão e a psicose³². "O fetiche é um substituto do pênis da mulher (da mãe) em que o menininho outrora acreditou e que [...] não deseja abandonar"³³. O fetiche apresenta-se como detalhe onde se fixa o último elemento "preservador" do que "não podia ser visto". A forclusão, como vimos, é um mecanismo muito mais drástico. Estende-se à própria realidade interna como um todo, negada, abstraída ou simplesmente "projetada" no mundo exterior.

Vê-se, pois, que, na estrutura psicótica, falta o significante paterno; e surge o delírio. Na estrutura neurótica, ocorre uma divisão do aparelho psíquico; cria-se a fantasia. Na estrutura perversa, nota-se uma divisão do ego; surge o devaneio.

Os neuróticos e a "normalidade". "Segundo a doutrina psicanalítica, não existe diferença fundamental entre a normalidade e a neurose. Sabemos, graças a Freud, que as "neuroses não possuem conteúdo psíquico característico, específico e exclusivo". E, de acordo com a fórmula de Jung, a doença dos neuróticos é provocada pelos mesmos complexos com que todos nos defrontamos. Acrescente-se que a diferença situa-se essencialmente no plano quantitativo, prático. O homem saudável só se identifica ou transfere com base em "explicações causais"; ele não desperdiça suas energias afetivas de modo tão inconsiderado quanto o neurótico³⁴. Em suma, e como observa Malomar Lund Edelweiss, "normalidade não é mero e curioso registro de abstração estatística, amontoados aspectos do

31 FREUD, Sigmund. *Algumas conseqüências psíquicas da distinção entre os sexos* (1925), Ed. Standard Brasileira, Rio, Imago, vol. XLIX, pp. 314/316.

32 *Apud* Laplanche e Pontalis, ob. cit., na nota 8, supra, verbete "Recusa".

33 FREUD, Sigmund. *Fetichismo*, (1927) Ed. Standard Brasileira, Rio, Imago vol. XXI, p. 180.

34 FERENCZI, Sándor. Ob. cit., na nota 11, supra, p. 87.

corpo ou da mente, ainda quando, por comodidade intelectual, se examinem os fatos reais sob um ou outro desses dois prismas, em separado [...]; no respeitante ao psiquismo e sua investigação, muitos aspectos problemáticos não se desnudam com o mesmo escancaramento, sem reboços, de outras comuns menos valias de ordem somática. A gigantesca e inexcusável sobre-determinação do ser humano o faz, precisamente por isto, rico donatário de enorme plasticidade mental e lhe permite enfrentar com denodo os variegados planos em que é presente e atual. O reverso dessa moeda é que os confins entre o sadio e o patológico se traçam bem menos nítidos no campo da mente. Em consequência, a pluralidade das dúvidas só alimentar inconclusivas refregas contestatórias entre as alas confrontantes”³⁵.

Estrutura perversa. O perverso, como vimos, circula, de certa forma, naquela classificação neuróticos-psicóticos. Discute-se muito, em teoria, se a perversão erige-se em estrutura à parte, ao lado da neurose e da psicose, ou se seria simplesmente uma superestrutura. Para Lacan, seria uma estrutura diferente, caracterizada não pelo mecanismo de recalçamento, mas de recusa. Com um pé na neurose e outro na psicose, o perverso como que inscreve, não recalca, mas recusa a castração simbólica.

O estudo da estrutura perversa mostra-se particularmente difícil e complexo. Seria, pois, impossível pretender circunscrevê-lo nos estreitos limites deste trabalho sem correr o risco de cometer enormes impropriedades.

A complexidade, que envolve o estudo da estrutura perversa, produz reflexos imediatos nos laudos técnicos e nas decisões judiciais.

Joël Dor, em excelente monografia sobre o assunto, assim transcreve o “retrato falado” do perverso, montado por Henry Ey, do ponto de vista fenomenológico: “O perverso rege sua conduta sobre a realização de seus desejos, de seus apetites, sem consideração pelo que se pode chamar de sentimento da dignidade individual e de respeito a outrem, ou por carência destes elementos moderadores habituais. Ele cai assim no uso abusivo dos tóxicos, na paixão pelo jogo e seu corolário freqüente, a trapaça, a vagabundagem e a deserção, o roubo e suas múltiplas variantes, a pilhagem e a desnutrição, o incêndio voluntário, a prostituição, etc. O perverso encontra muito freqüentemente no bando de malfetores a ajuda e a emulação que estendem seu campo de ação e exaltam sua nocividade. (...) De fato, o “senso moral” não existe certamente como tal. O indivíduo adapta-se mais ou menos bem à vida social, está mais ou menos apto a reconhecer e a compreender as restrições que ela lhe impõe, dá mais ou menos consentimento às suas restrições. Este é o critério que lhe permite determinar a responsabilidade dos perversos quando contravêm às leis. (...) Alguns meses de prisão não moralizam mais estes reincidentes do

35 EDELWEISS, Malinmar Lund. *Prazer*, inédito pp. 2 e 4.

que alguns anos de hospitalização. A criação de estabelecimentos especiais, com um regime médico-judiciário apropriado, deveria permitir a seu respeito uma segregação salutar”³⁶.

A partir dessa perspectiva *fenomenológica*, poder-se-ia concluir, generalizando, de maneira apressada e impensada, que todo o perverso seria, necessariamente, criminalmente imputável. Contudo, como demonstra o próprio Joël Dor, na seqüência de seu trabalho, aquela visão fenomenológica, sancionada por normas e ideologias, invalida a compreensão clínica mais precisa.

Uma visão psicanalítica e mais aprofundada não afasta a possibilidade da constatação de casos em que o perverso possa ser considerado inimputável criminalmente. Em alguns casos, a estrutura perversa pode gerar no indivíduo um distúrbio de tal ordem que, realmente, comprometa a sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Seria, portanto, simplesmente imprudente e impróprio generalizar, afirmando que todo o perverso deve ser imputável criminalmente.

No campo do Direito Penal, os perversos imputáveis costumam ser encontrados entre os autores dos chamados crimes de “colarinho branco” e do crime de rufianismo, por exemplo.

7. Algumas conclusões

Como se percebe, não é tarefa fácil conciliar as necessidades práticas do Direito com os dados do conhecimento psicanalítico. O Direito, ciência social, em sua preocupação com a moral, não consegue desvencilhar-se das idéias de “normal” e “normalidade”. A Psicanálise, com a sua ética do sujeito, mostra-se incapaz de enunciar o “normal” e a “normalidade”. Como mostra Vanessa Campos Santoro, a posição da Psicanálise é diferente das filosofias que procuram universalizar as questões éticas; enquanto a tradição filosófica — e, poderíamos acrescentar, jurídica — funda a ética sobre a idéia do bem, do que é ideal e desejável, na Psicanálise a tentativa é de se extrair a ética da clínica, ou seja, constituir uma ética a partir do real do sintoma”³⁷.

As pesquisas de Freud partiram do estudo de casos psicopatológicos, mas ele próprio percebeu que não existe nenhuma diferença qualitativa, senão quantitativa, entre os ditos “normais” e “anormais”. Com o progressivo abandono da visão *fenomenológica*, em virtude dos conhecimentos acumulados pelas pesquisas psicanalíticas, o conceito de normalidade perde muito do seu significado na Psicologia e na Psiquiatria.

36 EY, Henry. *Apud* Joël Dor, *Estrutura e Perversões*, Porto Alegre, Artes Médicas, 1991, pp. 89/70.

37 BANTORO, Vanessa Campos. Meu bem, meu mal. In *Reverso*, 29:53-58, set./1990, p. 64.

Para a Psicanálise, a personalidade dos homens, individualmente considerados, insere-se sempre numa das três estruturas: psicótica, neurótica ou perversa. Dessas três, a mais facilmente atingível pelo método terapêutico da Psicanálise é a neurótica. A rigor, a "normalidade", que tanto obseda o Direito, deveria ser procurada entre os neuróticos. Entre estes, existe toda uma gradação quantitativa. Todos os indivíduos ditos "normais" possuem um certo grau de neurose mais ou menos acentuado. Daí dizer-se que uma sociedade sempre costuma apresentar-se mais ou menos neurótica.

A Psicanálise, que partiu da clínica, há muito deixou de ser, exclusivamente, um método terapêutico, para erigir-se em ciência com revolucionárias interferências em todos os campos do saber; entre outros, na Política, na Economia, na Sociologia e no Direito. Não, pois, sem razão que as obras de Freud foram queimadas pelos nazistas e proibidas na Rússia comunista.

O próprio Freud, já ao final de sua vida, dedicou-se a esses novos desenvolvimentos e horizontes da Psicanálise, em obras como *Totem e Tabu* e *Mal-Estar na Civilização*.

O jurista não sabe — apenas advinha — o que é o "louco de todo o gênero". E quando pergunta ao psiquiatra se determinado indivíduo se enquadra, ou não, naquela categoria, para o efeito de considerá-lo capaz ou incapaz, este profissional sente justificável dificuldade, porque as noções jurídicas de capacidade e incapacidade referenciam-se à "normalidade", um conceito cambiante e fugidio em Psicanálise.

Seria muito fácil e simples se se pudesse generalizar, dizendo que o "louco de todo o gênero" é o psicótico. Mas não seria correto. Existem pessoas com estrutura psicótica perfeitamente capazes e, às vezes, ocupando importantes funções na sociedade. A estrutura psicótica corresponderia, analogicamente, a um edifício com grave problema de fundação. A forclusão (*Verwerfung*), mecanismo típico e característico da estrutura psicótica, corresponderia a uma fenda no alicerce do edifício. Determinados prédios permanecem de pé e habitados, apesar do defeito de fundação. Enquanto a estrutura psicótica permanecer de pé, enquanto não se desestruturar, o psicótico, do ponto de vista jurídico, é considerado plenamente capaz. Muito freqüentemente, a forclusão só é percebida, e a incapacidade manifestamente constatada e formalmente declarada, quando algo grave e inusitado acontece, como, por exemplo, um crime.

Os comportamentos que costumam gerar processos de interdição não costumam ser tão drásticos como um homicídio, por exemplo. Por isso mesmo, a dificuldade para o perito psiquiatra aumenta. Certas manifestações de neurose-obsessiva podem confundir-se muito facilmente com estados psicóticos. Na apreciação da capacidade, as estruturas perversas

costumam apresentar os problemas mais difíceis, às vezes insolúveis, para uma definição precisa.

8. Projeto de lei n.º 3.657

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.657, de autoria do Deputado Paulo Delgado, do PT, que dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória.

Inspirado na "Lei Basaglia", em vigor na Itália há alguns anos, o Projeto de Lei, já aprovado pela Câmara dos Deputados, dispõe, basicamente, o seguinte: (1) proíbe, em todo o território nacional, a construção de novos hospitais psiquiátricos e a contratação ou financiamento, pelo setor governamental, de novos hospitais psiquiátricos, bem como a contratação ou financiamento, pelo setor governamental, de novos leitos em hospital psiquiátrico; (2) determina às administrações regionais de saúde o estabelecimento, no prazo de um ano, de planificação necessária para a instalação e funcionamento de recursos não manicomialmente de atendimento, com unidade psiquiátrica em hospital-geral, hospital-dia, hospital-noite, centro de atenção, centros de convivência, pensões e outros, bem como para a progressiva extinção dos leitos de característica municipal; (3) constituição, pelas Secretarias de Saúde, de um Conselho Estadual de Reforma Psiquiátrica, no qual estejam representados, voluntariamente, os trabalhadores de saúde mental, os usuários e familiares, o Poder Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a comunidade científica; (4) a internação psiquiátrica compulsória — aquela realizada sem o expresso "desejo" do paciente — deverá ser comunicada pelo médico que a procedeu à autoridade judiciária local, "preferentemente à Defensoria Pública", se houver, competindo à autoridade ouvir o paciente, médicos, a equipe técnica do serviço, familiares e quem mais julgar conveniente e emitir parecer em 24 horas sobre a legalidade da internação; (5) enquanto não ouvida a autoridade, considera-se responsável pela internação o médico que a determinou; (6) a Defensoria Pública "ou autoridade judiciária que a substitua" procederá a *auditoria periódica* dos estabelecimentos psiquiátricos, com o objetivo de identificar os casos de seqüestro ilegal e zelar pelos direitos do cidadão internado.

Embora o Projeto peque por algumas impropriedades técnico-formais abaixo apontadas, ele apresenta o mérito de, por si só, abrir a discussão sobre o grave problema dos internamentos psiquiátricos compulsórios no País.

Em sua Justificativa, o autor do Projeto argumenta que: (a) o hospital psiquiátrico já demonstrou ser recurso inadequado para o atendimento de pacientes com distúrbios mentais; (b) o hospital psiquiátrico contém um componente gerador de doença superior aos benefícios que

possa trazer; (c) em todo o mundo, a desospitalização é um processo irreversível; (d) no Brasil, os efeitos danosos da política de privatização da saúde nos anos 60 e 70 incidiram violentamente sobre a saúde mental, criando um parque manicomial de quase 100.000 leitos remunerados pelo setor público, além de cerca de 20.000 leitos estatais; (e) o atual "Manual de Serviços" do antigo INPS não tem feito outra coisa senão disciplinar e coordenar a irrefreável e poderosa rede de manicômios privados, impedindo de fato a formulação para a rede pública de planos assistenciais mais modernos e eficientes; (f) o que se propõe é o fim do processo de expansão, que os mecanismos burocráticos e regulamentos não lograram obter, e a construção gradual, racional, democrática e objetiva de novas alternativas assistenciais no atendimento à *loucura*.

A justificativa do Projeto também procura estabelecer uma ligação entre o que chama de "internações anônimas, silenciosas, violentas, na calada obediência dos pacientes" e os direitos civis e o princípio da liberdade, consagrados na Carta da República. O tema é difícil, sombrio, delicado e polêmico. Tem merecido pouca atenção dos juristas. A reportagem da *Rede Globo de Televisão*, acima referida, trouxe a lume e enfatiza a oportunidade e o conteúdo humano do Projeto do Deputado Paulo Delgado.

Deixando de lado o momentoso problema político-filosófico que o Projeto sugere, e enaltecendo mais uma vez o seu mérito, concentremo-nos agora naquelas impropriedades técnico-formais, acima referidas. Ao fazê-lo, não nos anima a intenção de criticar, senão a de contribuir para o aprimoramento de uma Lei de nítido conteúdo humanitário.

Ao definir a internação psiquiátrica compulsória como "aquela realizada sem o expresso desejo do paciente em qualquer tipo de serviço de saúde", o § 1.º do art. 3.º refere-se a um conceito psicanalítico, e não jurídico. Do ponto de vista jurídico, a expressão correta seria "vontade" ou "consentimento" devidamente externado, e não "desejo". Do ponto de vista psicanalítico, o desejo deve ser aferido ou inferido do discurso do inconsciente, nem sempre em harmonia com a lógica racional do consciente. Assim, para o psiquiatra, os brados de protesto contra um internamento compulsório muitas vezes são gritos de socorro contra pulsões auto ou heterodestrutivas do inconsciente. Não se pode negar, portanto, que, em algumas circunstâncias, o desejo inconsciente do paciente possa ser, precisamente, o de ser internado compulsoriamente. Por outro lado, a vontade ou consentimento exigidos para a validade dos atos jurídicos deve emanar de pessoa (sujeito de direitos) dotada de capacidade. Numa eventual crise psicótica, e considerando que os "loucos de todo o gênero" são absolutamente incapazes, como apurar-se a validade do consentimento do paciente? Em face dessa questão, e para conciliar cuidados médicos com aspectos jurídico-formais, o melhor seria, talvez, que o Projeto estabelecesse a obrigatoriedade de notificação, à autoridade estatal competente,

de qualquer internação psiquiátrica compulsória de pessoa não interdita judicialmente.

Outra impropriedade técnico-formal do Projeto encontra-se nos §§ 2.º e 3.º do art. 3.º. O primeiro dispõe que "compete ao Defensor Público (ou outra autoridade judiciária designada) ouvir o paciente, médicos e equipe técnica do serviço, familiares e quem mais julgar conveniente, e emitir parecer em 24 horas". O segundo, que "a Defensoria Pública (ou a autoridade judiciária que a substitua) procederá a auditoria periódica dos estabelecimentos psiquiátricos, com o objetivo de identificar os casos de seqüestro ilegal, e zelar pelos direitos do cidadão internado". Ora, no nosso sistema jurídico, nem o Defensor Público é autoridade judiciária e nem a autoridade judiciária substitui a Defensoria Pública. A Defensoria Pública, que assumiu especial perfil e relevo a partir da Constituição Federal de 1988, é "instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados" (CF, art. 134), uma vez que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art. 5.º, LXXIV). A Defensoria Pública exerce uma função essencial à Justiça (CF, Título IV, Cap. IV, Seção III), mas não integra o Poder Judiciário. Não o substitui e nem é substituída por ele. A autoridade judiciária acha-se investida do poder de julgar. A palavra "parecer", referida no § 2.º do art. 3.º, só poderia dizer respeito a uma autoridade não-judiciária. A autoridade judiciária, investida do poder de julgar, não emite pareceres. Profere decisões. Mas não é só. Se a eventual defesa de um paciente indevidamente internado de forma compulsória poderia caber a um Defensor Público especialmente designado, quer-nos parecer que a fiscalização dos estabelecimentos psiquiátricos já foi atribuída, pela Constituição Federal, ao Ministério Público. A ele a Carta Magna atribuiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). É função indisponível do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, bem como promover a ação penal pública, o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (CF, art. 129).

A expressão "auditoria", referida no § 3.º do art. 3.º, por ser um conceito contábil, não nos parece feliz. Deveria ser substituída por "fiscalização". Auditoria ou auditoragem é o "exame analítico e pericial que segue o desenvolvimento das operações contábeis, desde o início até o balanço"³⁸. Evidentemente, o dispositivo do Projeto não terá pretendido atribuir a um profissional do Direito uma auditoria contábil. O que se acaba de afirmar não exclui, obviamente, a possibilidade de o membro do Ministério Público, no exercício de sua função constitucional, deter-

³⁸ *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Rio, Nova Fronteira, 2ª ed., 17ª impressão, verbete "auditoria".

minar uma auditoria contábil no estabelecimento psiquiátrico, para instruir eventual inquérito por ele promovido. Contudo, essa auditoria será efetuada por auditores.

Especial dificuldade surge com relação ao parecer, referido no § 2.º do art. 3.º. Trata-se, obviamente, de parecer dirigido à autoridade judiciária, esta sim, capaz de julgar eventual *habeas corpus* impetrado a favor do paciente internado compulsoriamente. Todavia, a autoridade estatal a quem se atribui a tarefa de produzir tal parecer certamente encontrará dificuldades quase intransponíveis. Como poderia um profissional do Direito, sem se louvar em autoridades médicas, concluir, contrariamente a estas, que o paciente foi indevidamente internado? Quando muito, a autoridade estatal, depois de investigar pessoalmente o caso e se suspeitar da ilegalidade da internação, poderá convocar uma junta psiquiátrica, composta por profissionais da área pública oficial e, com base em laudo por estes apresentado, partir para a defesa do paciente.

Por fim, embora não integre o texto do Projeto, sua Justificativa ainda se refere ao "atendimento à loucura" e a "loucos", expressões totalmente infelizes e desatualizadas, embora harmônicas com o art. 5.º do Código Civil Brasileiro, como vimos no decorrer deste trabalho.

Resta consignar que o Projeto de Lei n.º 3.657 acha-se longe de encontrar consenso entre os próprios psiquiatras. Paulo Saraiva, em artigo intitulado "SOS Doente Mental", após efetuar um resumo do movimento intitulado antipsiquiatria, insinua (quase afirma) que a pregação do italiano Franco Basaglia somente encontrou eco em Belo Horizonte e em sua aldeia, na Calábria. E conclui: "para agravar mais a situação, o Deputado Paulo Delgado, do PT de Minas, apresentou um projeto de lei, já aprovado pela Câmara Federal, que cerca a hospitalização do doente mental a tantas exigências burocráticas e administrativas, que o processo se tornará praticamente impossível"³⁹.

9. Observação final

Trabalho interdisciplinar, como este, elaborado a quatro mãos, certamente apresenta uma série de dificuldades insuspeitadas e requer do leitor um redobrado espírito crítico. Como já observara Rubem Alves, "qualquer análise interdisciplinar, empreendida por um pesquisador, tem, necessariamente, de ser frouxa do ponto de vista metodológico"⁴⁰. Certamente, terá que ser frouxa do ponto de vista metodológico, se empreendida por dois pesquisadores. Entretanto, o nosso objetivo ao escrevê-lo terá sido atingido se ele suscitar críticas e levantar novas dúvidas, propondo outros *insights* enriquecedores.

39 SARAIVA, Paulo. In CREMEMG — Órgão Informativo do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais, junho e julho de 1992.

40 ALVES, Rubem. *Conversas com quem gosta de ensinar*. São Paulo, Cortes Ed., 1984, p. 67.

Usucapião Urbano

ROGÉRIO M. LEITE CHAVES
Advogado, Mestrando em Direito pela UnB
e Procurador do Banco Central

1. *Considerações gerais*

Durante séculos, o Brasil foi um país de característica eminentemente agrícola. Não havia indústria. A maior parte da classe trabalhadora concentrava-se na zona rural, onde era maior a demanda de força de trabalho para atender às necessidades da produção.

Com o desenvolvimento industrial, a partir do terceiro quarto do século XIX, vieram as fábricas, que se tornaram um foco de captação de mão-de-obra atraindo a população da zona rural.

Os números são expressivos: enquanto em 1946 somente 27% da população viviam nas cidades, este número, hoje, ultrapassa a 70%, e, segundo previsões, chegará a 90% em trinta anos (cf. Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 20-8-87, p. 4.721).

Como frisou o Deputado Raul Ferraz, "o problema urbano é, hoje, com certeza, a maior questão social deste País, e um assunto lamentavelmente desconhecido da grande opinião pública" (idem, p. 4.719).

Tal é a degradação nos grandes centros urbanos que, atualmente, o número de casas em áreas não apropriadas ou não regularizadas representa quase um terço de todos os lares.

O agravamento dessa situação, na última década, mobilizou a sociedade no sentido de que fossem criados instrumentos capazes de minimizar os problemas urbanos, especialmente os relacionados com a falta de moradia.

2. Histórico

Conquanto só tenha sido inserido em nosso ordenamento jurídico com a Carta de 1988, o usucapião urbano de há muito vinha sendo objeto de discussão no Congresso Nacional.

Quando da apreciação do Projeto de Lei n.º 26/81, de iniciativa do Executivo, que instituiu o usucapião especial rural (que se converteu, posteriormente, na Lei n.º 6.969/81), o Deputado Marcelo Cerqueira apresentou a Emenda n.º 1, através da qual propunha o alargamento da incidência normativa a fim de abarcar as áreas urbanas carentes.

A Emenda n.º 2, a esse mesmo projeto, de autoria do Deputado Roberto Freire, estendia o usucapião especial às áreas urbanas de até 150 metros quadrados, independentemente de justo título e boa-fé. No mesmo sentido dispunha o Projeto de Lei n.º 325/81, de autoria do Senador Franco Montoro.

Entretanto, o texto final foi aprovado sem as emendas, e o Projeto de Lei n.º 325/81 jamais prosperou, restando disciplinado tão-somente o usucapião especial rural.

Na Assembleia Nacional Constituinte, a iniciativa de criação do usucapião urbano decorreu da Emenda Popular n.º 1 P207843, apresentada por associações de moradores e subscrita por 30.398 eleitores.

A Emenda em questão propunha a adoção pelo Texto Constitucional do seguinte dispositivo: "serão legalizadas as posses urbanas constituídas há mais de dois anos, desde que o usuário não disponha de outra propriedade".

Após algumas alterações de redação, a Emenda recebeu parecer favorável do Relator da Constituinte, Deputado Bernardo Cabral, e foi aprovada em Plenário. O texto final foi inserido no Capítulo II, do Título VII, que trata da Política Urbana:

"Art. 183. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3.º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

3. *Requisitos*

Essa nova modalidade de usucapião, denominada "urbana", "de solo urbano", "pro morare" e ainda "pro casa" foge às regras tradicionais de usucapião adotadas pelo Código Civil.

Pelo sistema tradicional do Código Civil, não há limitações quantitativas quanto à área usucapível, nem há necessidade de que o usucapiente dê certa destinação ao imóvel.

Na espécie urbana, por outro lado, há uma plêiade de restrições quanto à obtenção do domínio via usucapião, tais como limitação da área usucapível, exigência de certa destinação do bem, além de outras, que serão analisadas nos tópicos seguintes.

3.1. *Posse*

Para que o usucapiente faça jus à aquisição do domínio é essencial que tenha a posse direta e pessoal da área, em nome próprio, e sem a interferência de terceiros.

Estão excluídos da incidência normativa constitucional os meros detentores, os possuidores em nome alheio, como caseiros, comodatários, empregados, bem como todos aqueles que se encontrem em relação de dependência para com o proprietário.

Além disso, a posse precisa ser justa, isto é, escoimada dos vícios decorrentes de violência (vi), clandestinidade (*clam*) ou precariedade (*precario*), nos moldes do art. 489 do Código Civil.

3.2 *Do justo título e da boa-fé*

Para a obtenção do usucapião, na sua modalidade urbana, a Constituição não exige que o possuidor comprove a boa-fé; ela, até prova em contrário, é presumida.

O justo título também é despicando em face do art. 183 da Carta Política. Nada impede, porém, que seja utilizado como meio de reforçar-se a pretensão aquisitiva, como acentua Benedito Ribeiro (in *Tratado de Usucapião*, Vol. II, p. 868, Ed. Saraiva).

3.3. *Inexistência de interrupção*

A posse hábil à aquisição do domínio, na espécie urbana de usucapião, deve ser contínua, ininterrupta, sem intervalos, sem intermitência.

A doutrina, entretanto, tem entendido que pequenas interrupções ocasionadas por esbulhos breves não têm o condão de interromper o lapso prescricional, desde que o prescribente consiga reintegrar-se no prazo de um ano e um dia.

A reintegração dentro desse prazo, nos moldes previstos no art. 520, IV, do Código Civil, é considerada como se a posse jamais tivesse sido perdida, no sentido jurídico, para efeito do prazo prescricional, como enfatiza Tupinambá do Nascimento (in *A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição*, Ed. Alde, p. 93).

Da mesma forma, não interrompe o lapso prescricional o afastamento por motivo justo, como o motivado por internação em hospital ou decorrente de revolução intestina (cf. Ulderico Pires dos Santos, in *Usucapião Constitucional, Especial e Comum*, Ed. Paumape, p. 40).

Além da inexistência de interrupção, a Carta Política exige que não haja oposição do proprietário. A posse, durante todo o lapso prescricional, deve fluir de forma mansa e pacífica, a fim de caracterizar-se a conduta omissiva do proprietário em relação ao seu imóvel.

Para se configurar a oposição, no sentido jurídico, não bastam os atos meramente emulativos; é necessária a presença de uma oposição séria, tempestiva e exercida na área judicializada (cf. Tupinambá do Nascimento, *op. cit.*, p. 96).

3.4. *Bens insusceptíveis de usucapião*

Entre outras limitações objetivas ao usucapião urbano, destaca-se a impossibilidade de serem usucapidos os bens públicos (CF, art. 183, § 3.º).

Autores como Celso Ribeiro Bastos (in *Comentários à Constituição de 1988*, Vol. VII, Ed. Saraiva, p. 240) e Tupinambá do Nascimento (*op. cit.*, p. 146) fazem distinção entre terras públicas e terras devolutas

para efeito de usucapião. Estas, na ótica dos autores, são passíveis de usucapião, em razão de serem mantidas a título de direito privado, não sendo públicas *stricto sensu*.

Somos de opinião, no entanto, que os bens públicos, qualquer que seja sua natureza, estão afastados da incidência normativa do art. 183, pois a intenção do legislador foi a de *impossibilitar definitivamente* o usucapião daqueles bens, sem exceção.

Durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, os projetos existentes não excluíam os bens públicos do usucapião. Somente quando da votação do texto final em Plenário é que foi apresentada emenda nesse sentido, de autoria do Deputado Francisco Carneiro (Emenda n.º 2T01401-5).

A Emenda em questão trazia a seguinte justificativa: "Permitir o usucapião urbano ou rural sem excluir do instituto as áreas de domínio público significa o comprometimento irreparável de todos os planos urbanos e de expansão urbana".

3.5. *Moradia*

Para que se possa consumir o usucapião é imprescindível, segundo o art. 183, que o possuidor utilize o bem "para a sua moradia ou de sua família".

A palavra "moradia", segundo o "Caldas Aufete", vem de "morada" e significa o domicílio, a casa em que ordinariamente habitamos. Nesse sentido entendemos deva ser empregado o vocábulo. Estão afastadas, pois, as posses esporádicas ou eventuais, como as que ocorrem, por exemplo, em casas de veraneio.

Também escapa à incidência do dispositivo a posse que não se destina à morada, mas sim a fins comerciais, como, *v.g.*, uma lanchonete ou uma oficina, exceto se o possuidor tiver sua residência na própria unidade de comércio, o que é bastante comum. Nessa última hipótese, cremos que não há empecilho à obtenção da propriedade.

Ademais, para que possa fazer jus ao usucapião urbano, não pode o possuidor ser proprietário de outro bem imóvel, seja ele urbano ou rural.

Isso significa que, durante todo o curso do prazo prescricional, não poderá o usucapiente ser proprietário de imóvel, ainda que em outro Estado ou outro país. Nada impede, contudo, que tenha sido proprietário antes da ocupação do bem usucapiendo, ou que venha a sê-lo posteriormente à propositura da ação visando à declaração de domínio.

Como sublinha Benedito Ribeiro, "Considerando que a prescrição aquisitiva configura-se com o perfazimento de todos os requisitos legais, sendo a sentença o meio declaratório dessa circunstância, não cabe aceitar fato posterior àquela ocorrência, uma vez que não tem o condão de interromper a posse *ad usucapionem*, patenteada com todos os pressupostos que lhe qualificam (*op. cit.*, p. 863).

Divide-se a doutrina no que diz respeito às conseqüências da aquisição involuntária de imóvel, como, v.g., a decorrente de herança. Teria ela o condão de interromper a prescrição aquisitiva? Cremos que sim. Se o escopo do usucapião urbano é o de proporcionar moradia a quem não a tem, aquele que adquire um imóvel, ainda que por ato involuntário, deixa de capacitar-se ao benefício constitucional.

4. Objeto

4.1. *Área urbana*

Nos moldes estabelecidos pelo art. 183 da Constituição, será objeto dessa forma de usucapião somente "área urbana". Estão excluídas, pois, da incidência normativa as áreas rurais, cujo usucapião é disciplinado pelo art. 191.

A distinção entre imóveis rurais e urbanos é feita pela doutrina segundo dois critérios: o da destinação e o da localização.

O critério da destinação leva em consideração o uso do imóvel ou a finalidade a que é destinado: é urbano se destinado à moradia; é rural se destinado a fins agrícolas ou pastoris. Pelo segundo critério, da localização, tem-se em vista a situação espacial em que o imóvel se encontra. É urbano se for situado em zona urbana; é rural o imóvel situado na zona rural, independentemente do fim a que é destinado.

Para efeito de enquadramento jurídico, entendemos que o art. 183 agasalha o critério da localização. Com efeito, o citado artigo encontra-se inserido no Capítulo da Política Urbana, que trata especificamente das questões surgidas no âmbito das cidades. Diante disso, para efeito da incidência da norma, é irrelevante a destinação que se dê ao bem, bastando que se situe dentro da zona urbana.

4.2. *Extensão da área*

O Constituinte de 1988 fixou como limite máximo ao usucapião previsto no art. 183 "área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados".

Pareceu ao Legislador Constitucional que essa área refletiria o ponto de equilíbrio: atenderia às necessidades de moradia do possuidor sem causar grande penalização ao proprietário da área usucapta.

As posses que abarquem área superior a 250 metros quadrados estão excluídas da incidência do art. 183. Nada impede, contudo, que o possuidor de áreas maiores peça em juízo que se lhe conceda o domínio de parte da área possuída — limitada aos 250 metros quadrados — restituindo-se ao proprietário o *quantum* excedente.

A Carta Magna, entretanto, não dá solução a alguns problemas exurgentes no usucapião urbano, como, por exemplo, os decorrentes das posses localizadas em lotes urbanos, indivisíveis por lei, cuja extensão supere os 250 metros quadrados.

A questão, apesar de latente, ainda não foi examinada pela doutrina, nem chegou ao Judiciário. No entanto, foi antevista, no curso dos trabalhos da Constituinte, pelo Senador Dirceu Carneiro que, na ocasião, apresentou Emenda visando a supressão do limite da área usucapível. Indagava o Senador:

“O que acontecerá com os milhares e milhares de proprietários (*sic*) de lotes com área em torno de 360,00 m² (que é o padrão urbanístico mais difundido no Brasil) e que só a partir de uma emenda constitucional poderão usufruir os benefícios concedidos ao seu vizinho de rua, de bairro ou cidade?” (Justificação à Emenda n.º 2PO1692-8).

Logo após, apontava a solução:

“A supressão do limite de 250,00 m², tal como se propõe nesta Emenda, aprimorará o texto constitucional, universalizando os benefícios deste dispositivo e remetendo à legislação competente (Estadual, Municipal) o estabelecimento de limite de áreas, dentro de parâmetros locais e regionais” (*ibidem*).

Entendemos que o simples fato de inexistir lei regulamentando a matéria não pode render ensejo a que possuidores em tais circunstâncias — lotes indivisíveis — venham a ter indeferidas as suas pretensões dominiais.

O art. 4.º da Lei de Introdução do Código Civil determina que, em sendo a lei omissa sobre determinada questão, o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A Lei n.º 6.969/81, que disciplina o usucapião especial rural, possui dispositivo que pode ser perfeitamente aplicado, por analogia, ao usucapião urbano.

O art. 1.º dessa Lei limita a área usucapível a 25 hectares, e seu parágrafo 1.º estipula que prevalecerá a área do módulo rural caso este seja superior a 25 hectares.

Assim, até que lei específica regulamente a matéria, o dispositivo da Lei n.º 6.969/81 poderá ser aplicado analogicamente ao usucapião urbano, de modo que a declaração de domínio se estenda a todo o lote, nas hipóteses em que este, mesmo ultrapassando os 250 metros quadrados, for indivisível por lei.

O texto constitucional também não esclarece se a "área" usucapível refere-se à área do terreno ou à área construída.

Para alguns, como Celso Bastos e Benedito Ribeiro, a área urbana deve ser entendida tanto em razão do terreno quanto da construção. Sustentam que, não tendo a Carta Política feito distinção, é porque quis abranger as duas espécies. Nesses termos, o imóvel usucapiendo não poderá ter mais de 250 metros quadrados, seja de terreno, seja de área construída.

Não comungamos, todavia, com a opinião dos ilustres autores. Ao falar em área urbana — em contraposição à área rural (art. 191) — pretendeu o Constituinte referir-se exclusivamente à área de terreno, não à área construída.

O que importa é que a área do terreno seja igual ou inferior ao máximo permitido (250m²), ainda que sobre ele tenha sido edificado prédio com área construída superior àquele montante.

Deveras, sendo o terreno o principal em relação à construção, nos moldes do art. 61, III, do Código Civil, aquele é que deve ser levado em conta, não este.

4.3. *Usucapião de apartamentos*

Outra questão exurgente no estudo do usucapião urbano é a de saber-se se os apartamentos estão ou não abarcados pela norma do art. 183.

O problema apresenta solução distinta da do item anterior. Naquele caso, o que importa, para efeitos aquisitivos, é tão-somente a área do terreno, ainda que a área sobre ele construída exceda o limite máximo previsto no art. 183.

A questão aqui é diversa. A propriedade horizontal — também denominada condomínio em edifícios — possui natureza jurídica complexa, distinta da propriedade comum.

Os fundamentos que justificam a existência dessa espécie condominial e os princípios pelos quais são regidos são díspares daqueles que

regem a comunhão *pro indiviso* tradicional, como acentua Caio Mário da Silva Pereira (in *Propriedade Horizontal*. Ed. Forense, p. 45).

As faculdades dos condôminos do prédio dividido em apartamentos não traduzem um poder jurídico sobre a coisa toda; implicam a utilização em comum tão-somente das partes necessárias à "soldadura da comunhão", na feliz expressão de Caio Mário (*ibidem*).

A propriedade horizontal, afirmam Nascimento Franco e Niske Gondo, "é direito autônomo que se distingue perfeitamente por suas próprias características" (in *Condomínio em Edifícios*, Ed. RT, p. 14).

Sobre ser autônoma, cada unidade do condomínio horizontal poderá ser alienada separadamente. E se pode ser alienada, também poderá ser usucapida, como é de entendimento pacífico.

Ora, em podendo ser objeto de usucapião tradicional, nas formas previstas pelo Código Civil, nada impede que o seja também objeto de usucapião constitucional.

Neste caso, a área a ser computada é a do apartamento e não a da "fração ideal" a ele correspondente, pois, nos condomínios de edifícios, o principal é o apartamento, sendo a fração ideal o acessório. Não se lhe aplica, assim, o disposto no art. 61, III, do Código Civil.

Com efeito, a "fração ideal", largamente empregada nos condomínios horizontais, é simples ficção jurídica, visto que os imóveis localizados nos condomínios de apartamentos não ocupam, em verdade, área de solo.

Assim, em relação aos apartamentos, conclui-se que, em razão da impossibilidade de usucapir-se a área de terreno que lhe é correspondente — a "fração ideal" —, usucape-se o apartamento e, por conseqüência, a "fração ideal": *accessorium sequitur principale*.

Ademais, excluem-se os imóveis situados em condomínios horizontais da incidência do usucapião constitucional urbano é restringir o alcance de um instituto destinado precipuamente a ter eficácia nos grandes centros urbanos, onde é cada vez maior a concentração de edificações, muitas das quais abandonadas e sem qualquer destinação específica, em desobediência aos ditames da função social da propriedade (CF, art. 170, III).

5. *Legitimidade*

Pela expressão "aquele que", o Texto Constitucional legitimou qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, a pleitear o domínio por intermédio do usucapião urbano.

Dessa mesma expressão, aliada ao requisito da função social da propriedade, infere-se que somente as pessoas físicas podem usufruir esse direito, excluídas as pessoas jurídicas.

Estas, ademais, não preenchem os outros requisitos insculpidos no art. 183 para a concessão de domínio, pois que não têm "moradia", mas sede; não possuem "família", mas sócios (cf. Tupinambá do Nascimento, *op. cit.*, 146).

6. *Acessio Temporis*

Em face do caráter estritamente pessoal e benéfico da modalidade urbana do usucapião, entendemos intransferível a posse para efeitos de prescrição aquisitiva.

Ao contrário do que ocorre nas formas tradicionais de usucapião (Código Civil, art. 552), a cessão da posse em favor do sucessor singular não é admissível na modalidade especial urbana, que requer a posse pessoal durante todo o lapso prescricional.

Tal vedação não se aplica à *successio temporis*, que pode incidir parcialmente. Como acentua Celso Bastos, em casos de imóvel ocupado por família, os prazos do antecessor e do sucessor podem ser somados (*op. cit.*, p. 234). Isso na hipótese de parte da família vir a morar, *a posteriori*, no imóvel primitivamente ocupado por um ou alguns de seus membros, antes de aberta a sucessão.

7. *Concessão de uso*

O parágrafo 1.º do art. 183 reza que "O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil".

Tudo indica que a expressão "concessão de uso" foi inserida no Texto Constitucional antes da aprovação do § 3.º do mesmo artigo, que excluiu os bens públicos do usucapião.

Com a exclusão desses bens do usucapião urbano, o único sentido razoável da expressão indicada é a de que ela se refere a direito de superfície, que poderá ser objeto de regulamentação por lei.

8. *Prazo prescricional*

O tempo de posse apto a conduzir à prescrição aquisitiva, na modalidade urbana, é de 5 anos, segundo dispõe o art. 183 da Constituição.

Entretanto, a Lei Maior foi omissa quanto à inclusão ou não, no cômputo do prazo prescricional, do tempo de posse anterior à sua promulgação, isto é, o período anterior a 5-10-88. Essa omissão constitucional tem rendido ensejo à ampla polêmica na doutrina e na jurisprudência.

A doutrina está cindida em duas correntes. Uma, mais numerosa, é sustentada, entre outros, por Benedito Ribeiro, José Carlos Salles, Natal Nader, Celso Bastos e Tupinambá do Nascimento. Outra, minoritária, é advogada, entre outros, por Artur Marques da Silva e Wolgran Junqueira Ferreira.

A primeira corrente entende que o lapso prescricional corre somente a partir da vigência da Constituição, sendo inviável sua aplicação antes desse período.

Sustentam seus partidários, em suma, o seguinte: a) trata-se de instituto novo no ordenamento, inexistindo correspondência com as formas usucapiatórias tradicionais; b) não é possível protrair-se para época anterior a 5-10-88 o início da contagem de tempo da nova modalidade de usucapião; c) a aplicação ao tempo pretérito ocasionaria prejuízo e surpresa ao proprietário que estivesse atento a maiores prazos prescricionais.

A segunda corrente, à qual nos perfilamos, entende que o tempo de posse anterior à Constituição deve ser computado para efeitos prescitivos.

Deveras, em sendo o preceito do art. 183 de ordem pública, e superior a qualquer outro, há de prevalecer sobre os interesses privados, aplicando-se imediatamente aos fatos, ainda que iniciados antes de seu advento.

Além disso, não tendo sido excluída expressamente a incidência constitucional desse ou daquele período, essa deve ser considerada como total, computando-se tanto o tempo de posse antes do advento da Carta, como o que lhe é posterior.

Para que o possuidor faça jus ao título de domínio basta que tenha cinco anos de posse, pouco importando se esse prazo é anterior ou posterior à Constituição.

Em face dos gravíssimos problemas urbanos hoje existentes, não se pode pretender aguardar cinco anos para que o dispositivo produza efeitos, sob pena de violar-se o espírito da Lei Maior.

Ademais, tais problemas são atuais e não futuros. A simples análise do número de pessoas morando irregularmente — cerca de 30 milhões — é mais do que suficiente para indicar que o problema reclama solução imediata, sendo inconcebível ter-se de aguardar os cinco anos de promulgação da Constituição.

Essa *quaestio juris*, relativa a direito intertemporal, não é nova entre nós. Com o advento da Carta de 1934, discutiu-se se o art. 125 — que instituiu pela primeira vez o usucapião especial rural — aplicava-se ou não às prescrições em curso.

Ao apreciar a questão, o Tribunal de Justiça do então Distrito Federal, em julgamento perante às Câmaras Cíveis Reunidas, assim se pronunciou:

“USUCAPIÃO PRO LABORE — CONTAGEM DO PRAZO

— A instituição do usucapião *pro labore* é de aplicação imediata, contando-se o prazo a partir do início da ocupação efetiva e não da disposição constitucional que a estabeleceu.”

Do acórdão extrai-se o seguinte excerto, que explicita, com precisão, a matéria:

“É cânon pacífico em direito intertemporal a retroação das leis constitucionais ou políticas, pois que é proveitosa ao bem comum. Eis a autorizada lição de Carlos Maximiliano: “As leis políticas, quer constitucionais, quer as simplesmente orgânicas, assim como as de organização judiciária, processo e competência, aplicam-se aos fatos atuais, embora iniciados sob o domínio da lei anterior” (*Comentários à Constituição Brasileira*, n.º 203, p. 231). Idêntico é o ensinamento de Aubry et Rau: “En principe, toute loi nouvelle s’applique même aux situations ou rapports juridiques établis ou formés dès avant sa promulgation. Ce principe est une conséquence de la souveraineté de la loi et de la prédominance de l’intérêt public sur les intérêts privés”. (Recurso de Revista n.º 588, Rel. Des. Rocha Lagoa, in *Revista Forense*, CVIII, 1946, p. 510/511).

Com o advento da Lei n.º 2.437/55, que reduziu o prazo do usucapião extraordinário de 30 para 20 anos, a questão foi novamente ventilada. Através da Súmula n.º 455, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento segundo o qual a redução temporal aplicava-se até mesmo às prescrições em curso. Vejamos:

“SÚMULA n.º 455. A Lei n.º 2.437, de 7-3-1955, que reduz o prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1-1-1956), salvo quanto aos processos então pendentes.”

Ora, as mesmas razões invocadas pelo STF para determinar a aplicação imediata da Lei n.º 2.437/55 se aplicam ao art. 183 da Carta Magna.

No que diz respeito aos proprietários de imóveis, as inovações trazidas pela Lei n.º 2.437/55 e pelo art. 183 da Constituição de 1988 se assemelham: apenas reduzem o prazo da prescrição aquisitiva.

Todos os outros requisitos do art. 183 dirigem-se exclusivamente ao possuidor, que deverá comprovar a moradia no local, o tempo de posse etc.

Apesar de recente, a matéria concernente ao usucapião urbano já foi apreciada pelo Judiciário, destacando-se as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em mais de uma oportunidade aquela Corte assentou o entendimento da incidência do art. 183 às prescrições em curso antes de 5-10-88. Vejamos:

“USUCAPIÃO — Área urbana — Modalidade instituída pelo art. 183 da nova CF — Preceito jurídico que, à falta de ressalva própria, atinge também as prescrições em curso, inclusive quanto aos processos pendentes, na forma dos arts. 303, I, e 462 do CPC, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais.” (Ap. Cv. 106.162-1, Rel. Des. César Peluso, j. 14-2-89 in RT n.º 641/127.)

No acórdão, encontra-se a seguinte passagem, que traz o fundamento da aplicabilidade imediata do dispositivo em questão:

“É que o fundamento da prescrição, no plano político-social, é de ordem pública e visa à estabilização das situações jurídicas, de modo que, quando o legislador encurta o prazo de posse *ad usucapione*, intervém para catalisar (*sic*) o processo de sedimentação dos direitos de propriedade, e suas regras devem, em consequência, se não dispõem em contrário, ser tidas de aplicação imediata e indiscriminada.” (*Ibidem.*)

Ora, parece não haver dúvida quanto ao elevado conteúdo político-social de que é dotado o art. 183, de forma que pretender-se condicionar o prazo de incidência daquele dispositivo seria vilipendiar o espírito da Lei Maior, contrariando o propósito que a inspirou.

9. Procedimento

O dispositivo que versa sobre usucapião urbano não tratou da disciplina procedimental a que seriam submetidos os pleitos visando à declaração do domínio.

Em face do silêncio normativo e até que sobrevenha lei específica que discipline a matéria, somos pela aplicação das normas gerais referentes ao usucapião tradicional, quais sejam, as inseridas nos arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil.

10. Conclusão

O lapso de tempo decorrido desde a promulgação da Constituição — pouco mais de quatro anos — ainda é muito exíguo para que se faça uma análise das conseqüências e resultados dessa nova modalidade de prescrição aquisitiva, sobretudo quando se leva em conta que as modificações no Direito Civil são de demorada assimilação.

Todavia, em face do pequeno número de demandas em curso, que versem sobre usucapião urbano, podemos concluir que a população — quiçá por desconhecimento — parece não ter despertado para essa nova realidade, nem para a utilidade desse benefício constitucional, como instrumento através do qual se poderá alcançar a verdadeira cidadania.

Através de uma regulamentação apropriada, o usucapião urbano certamente servirá de vereda eficaz e precisa para a consecução dos vetores constitucionais que têm na função social o repositório de esperança da sociedade na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF, art. 3.º, III).

11. Bibliografia

- FERREIRA, Wolgraaj Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*, vol. VII, Julex, 1991.
- NADER, Natal. *Usucapião ordinário, usucapião extraordinário, usucapião especial rural e urbano*, Forense, 1989.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição*, Alde, 1991.
- NUNES, Pedro. *Do usucapião*, Freitas Bastos, 1951.
- PEREIRA, Caio Mázio da Silva. *Propriedade horizontal*, Forense, 1961.
- PINTO, Nelson Luiz. *Ação de usucapião*, RT, 1991.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*, Saraiva, 1992.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de bens imóveis e móveis*, RT, 1992.
- SANTOS, Ulderico Feres dos. *Usucapião constitucional, especial e comum*, Paumape, 1991.
- SILVA, Artur Marques da. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*, coletânea, Saraiva, 1991.
- VLIANA, Rui Geraldo Camargo. *Usucapião popular urbano*, RJTJESP 101/19, 1986.

O Código do Consumidor e o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos Comerciais e Industriais

ADRIANO PERÁCIO DE PAULA

Advogado e doutorando pela Faculdade de
Direito da UFMG

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Estado nas relações de consumo. 3. Serviços públicos comerciais e industriais. 4. O princípio da continuidade do serviço público. 5. O princípio da continuidade dos serviços comerciais e industriais. 6. Conclusões.

1. *Introdução*

A Constituição Federal de 1988, dentre outros inúmeros institutos, inseriu em suas disposições, como direito e garantia fundamental (art. 5.º, XXXII) e como princípio geral da atividade econômica (art. 170, V), a defesa do consumidor na forma em que viria a ser promulgada em 11 de setembro de 1990, através da Lei n.º 8.078.

Com o advento desse regramento legal, deixávamos ao passado a regulamentação esparsa e eventual, e que destinava ao consumidor uma proteção amiúde difusa, ocasional e incerta. São regras que passam pelas disposições do Código Civil, e outras que constam de legislação esparsa que regulam a usura (Decreto n.º 22.626/33), o mercado financeiro (Lei n.º 4.595/64) e que tratam dos denominados popularmente "crimes do colarinho branco" (Lei n.º 7.492/86), entre tantas outras.

Não obstante a vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, este não revogou a maior parte daquelas disposições, sobretudo em virtude de não existir incompatibilidade material entre as mesmas. E, em segundo lugar, visto que a nova codificação alcança somente aquelas

chamadas relações de consumo, que recebem como consumidor apenas aquele *destinatária final* de qualquer produto ou serviço (art. 2.º, *caput*), todos os demais negócios jurídicos são passíveis de proteção pela legislação paralela ao Código consubstanciado na Lei n.º 8.078/90.

E na esteira de tendência já constatada em variadas codificações havidas recentemente no Brasil (a propósito, ver: Código de Propriedade Industrial — Lei n.º 5.772/71; Código de Águas — Decreto n.º 24.643/34; Código Brasileiro de Aeronáutica — Lei n.º 7.565/86; etc.), também este Código de Proteção e Defesa do Consumidor não se restringe somente a regular assuntos de direito substancial atinentes à temática objeto da codificação. Ele alcança áreas do Direito Penal e seu processo, Direito Administrativo e, notadamente neste Código, com um destaque ao Direito Processual Civil e suas variadas inovações de cunho tuitivo.

Este fato — a reunião num único corpo normativo de diversos temas de distintos segmentos jurídicos — só demonstra a interdisciplinaridade necessária da Ciência Jurídica, transgredindo e tornando público a fragilidade de conceitos antes havidos como imutáveis, verdadeiros dogmas que compartimentavam o aprendizado e o ofício jurídico em áreas estanques e com limites definidos, sobretudo através de princípios, não raro indemonstráveis. Assim, a demarcação temática é tênue, bem como os elementos fundantes a cada disciplina. Entrementes devemos nos insurgir contra esta busca de um isolamento entre os diversos ramos que compõem a árvore da Ciência Jurídica, o que, em persistindo e ganhando fôlego, nos conduziria à necessidade de elaboração de uma “teoria pura” para cada área ou segmento jurídico autônomo.

2. O Estado nas relações de consumo

Tal como o conhecemos atualmente, o Estado possui, entre seus objetivos primários, a prestação administrativa de variados tipos de serviços públicos. Por meio dessa prestação, realiza-se e consoma-se, através do ente estatal, desde as mais elementares necessidades da vida social e individual até a síntese da finalidade do próprio Estado, que é a busca do bem comum de sua população¹.

Dentre os serviços que competem ao Estado cumprir, há aqueles de caráter geral e prestação universal à coletividade dos indivíduos, tais como

¹ Sobre finalidade e funções do Estado, consultar DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 90-95.

a emissão de papel-moeda (art. 21, VII, da Constituição Federal); organização e manutenção de serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia (art. 21, XV, da Constituição Federal); ou o exercício do serviço policial propriamente dito, entre tantos outros.

Os serviços públicos, todavia, que se enquadram nas relações de consumo são somente aqueles prestados individualmente ao usuário-consumidor, seja o fornecimento do produto em si, ou de um serviço de qualquer natureza, mas sempre mediante remuneração. E esse fornecedor, de acordo com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, até mesmo de outra nacionalidade, o que inclui o Estado em seus diversos desdobramentos como agente das relações no pólo de fornecedor (art. 3.º, *caput*), ou no de destinatário final de qualquer bem ou serviço, como consumidor (art. 2.º, *caput*).

Definido o que venha a ser serviço público², temos que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor possui como nota característica e peculiar o fato de poder ser considerado como uma lei interpretativa³ que, não revogando matéria correlata e dispersa, como já visto e demonstrado, buscou, além de regulamentar o texto constitucional em diversas passagens (também o art. 175, IV, da Constituição Federal), robustecer institutos que antes surgiam aleatória e timidamente na doutrina e na jurisprudência, tal como a própria obrigatoriedade de manter serviços públicos adequados. Hoje, insere-se na política nacional das relações de consumo o planejamento que visa à racionalização e à melhoria dos serviços públicos em geral (art. 4.º, VII), estabelecendo como regra cogente e exequível a adequada e eficaz prestação desses serviços públicos como direito básico do consumidor (art. 6.º, X).

Assim sendo, positiva-se no Código de Proteção e Defesa do Consumidor aqueles princípios de direito público-administrativo que concediam

2 "Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor de interesse que houver definido como próprios no sistema normativo." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed., São Paulo, Rev. Tribunais, 1987, p. 1.)

3 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, pp. 271-272.

so cidadão um direito ao funcionamento do serviço público ⁴, vez que, para a defesa desses direitos e dos interesses ali resguardados, admiti-se toda e qualquer espécie de ação judicial capaz de propiciar a eficácia daquelas prescrições (art. 83, *caput*), inclusive com a possibilidade de o Ministério Público atuar concorrentemente como parte ativa, e sempre como fiscal da tutela do consumidor.

Entrementes, assistimos a outros princípios relativos aos serviços públicos serem gradativamente superados, com vistas à aplicabilidade de uma política distributiva. São os princípios da generalidade e da uniformidade ⁵, que tratam, respectivamente, de prestação de serviço equivalente para todos e tarifas uniformes para cada serviço posto à disposição da sociedade. Como modelo dessa suplantação lembramos o disposto no § 5.º do art. 40 da atual Constituição do Estado de Minas Gerais, que estabelece um tratamento diferenciado para o usuário do serviço público que se enquadre dentre a população de baixa renda. Compete, pois, às unidades federativas que venham a adotar essa filosofia a efetividade de regras semelhantes a esta, de modo que não passe como outra “norma de boa intenção”.

Mas a intervenção do Estado nas relações de consumo não se resume a atuar, ora como fornecedor de serviços públicos, ora como consumidor. Ao Estado, além de outras atribuições que cumpre com exclusividade, tal como a administração da Justiça, cabe-lhe igualmente dirigir e coordenar, com o auxílio de pessoas e entidades privadas, a chamada Política Nacional das Relações de Consumo ⁶, que estabelece programas de ação com vistas à proteção do consumidor, inclusive com a criação de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (arts. 105 e 106), vinculado à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Essas regras gerais planificam o roteiro de atuação política do Estado, demarcando com nitidez a postura prévia dos entes públicos no trato dos interesses dos consumidores.

4 LAUBADERE, André. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, Libr. Gén. du Droit et Jurisprudence, 1963, p. 615.

5 MUKAI, Toshio. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 17.

CAETANO, Manoel. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 278.

JEZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1949, v. III, p. 25, tradução de Julio San Millan Almagro.

6 CAVALCANTI, Francisco. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte, Livr. Del Rey Editora, 1991, pp. 23-30.

3. *Serviços públicos comerciais e industriais*

Como já exposto, o serviço público prestado pelo Estado, seus agentes ou concessionários devidamente autorizados, se manifesta por diversas formas. Existem os serviços públicos que são inerentes à própria função e natureza estatal, e que não podem ser delegados em nenhuma hipótese, sob pena de perda de sua soberania, tais como o serviço diplomático (art. 21, I, da Constituição Federal) ou os atos de defesa nacional (art. 21, II e III, da Constituição Federal). Esses serviços não trazem ao cidadão nenhum benefício de caráter particular, caracterizando-se pelo aspecto difuso e genérico de sua prestação, e sendo mantido através de receita tributária.

Essa forma de serviço público não pode ser controlada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por não ostentar a particularidade necessária à definição de uma relação de consumo. Já se demonstrou que somente aqueles serviços públicos prestados individualmente ao usuário-consumidor poderão obter os benefícios protetores do Código. Mas também aqui não será todo e qualquer serviço público, considerado isoladamente o seu benefício⁷, que merecerá a eventual proteção codificada.

Por exemplo, o serviço de administração de Justiça e o de ensino escolar ou universitário são serviços públicos prestados individualmente, tendo os seus usuários geralmente como destinatários finais, mas que, na concepção normativa vigente, não é considerada como relação de consumo nos termos da Lei n.º 8.078/90, até mesmo pela característica intrínseca de gratuidade que normalmente preside a sua prestação. Também esses são serviços públicos executados e mantidos através de receita pública oriunda das fontes tributárias. E tais serviços podem, por conseguinte, funcionar com prejuízo financeiro⁸, sem que essa particularidade afete ou justifique qualquer alteração em seu desenvolvimento e prestação.

Os serviços públicos de que trata o Código de Proteção e Defesa do Consumidor serão somente aqueles denominados de comerciais e industriais, ou seja, aqueles cuja prestação importe em atividade produtiva secundária ou terciária, e cujo funcionamento é permitido graças à quitação de taxas pelo usuário-consumidor, ou mesmo, e mais freqüentemente, por tarifas individualizadas que caracterizam cada vez mais a particularidade

⁷ JÉZE, Gaston. Ob. cit., p. 5.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2ª edição, São Paulo, Atlas, 1991, p. 81.

dessa prestação, tais como as de correios, transportes, fornecimento de água e energia elétrica.

Ocasional gratuidade no prestamento de qualquer desses serviços, ainda que não o descaracterize como serviço público comercial e industrial, afasta a aplicação das regras codificadas para o consumidor, visto que a remuneração individualizada pelo serviço é regra básica e definidora daquelas relações de consumo, conforme expressa definição do § 2.º do art. 3.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Há, portanto, uma notória distinção entre os serviços públicos meramente administrativos⁹ que distinguem a essência da atuação do Estado em seus objetivos mais elementares, e aqueles serviços públicos comerciais e industriais, que são custeados por taxas, que é uma forma de tributo, e mais regularmente por tarifas ou preços públicos¹⁰, outra das incumbências próprias à atividade econômica da Administração Pública (art. 175, Único, III, da Constituição Federal).

No gerenciamento desses serviços públicos industriais e comerciais, a tarifa ou preço visa a um equilíbrio financeiro da empresa prestadora do serviço¹¹, seja estatal ou concessionária. Profecta doutrina já ensinava que os elementos necessários para a composição da tarifa pública e regular exigência são: a) os juros e a amortização do capital investido na empresa, seja esta de origem pública ou privada, através de ações e obrigações; b) as despesas de conservação e de renovação do material; c) os salários do pessoal, em sentido amplo; d) as despesas de compra de matérias-primas; e) os diversos gastos de exploração (aluguéis, seguros etc.); f) os impostos; e, g) o lucro normal desse fornecedor¹².

Como decorrência, a resultante indica que o serviço público comercial ou industrial exclui, a princípio, a gratuidade. E se porventura houver a presença desse elemento, na prestação do serviço, o que restará excluída é a possibilidade de aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor naquela relação jurídica, que, obrigatoriamente, deve ser onerosa. Ainda que destinatário final de qualquer serviço, não será considerado

9 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1990, v. II, p. 59.

10 LAROQUE, Pierre. *Les usagers des services publics industriels*. Paris, Sirey, 1933, p. 11.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 81.

12 JEZE, Gaston *apud* MIGUEL SERRA FAGUNDES, *Revista de Direito Administrativo* nº 86, p. 330.

consumidor para os efeitos da legislação codificada aquele usuário, pessoa física ou jurídica, que receba o serviço gratuitamente. Deverá, pois, recorrer a outros textos legais que por acaso amparem aquela situação criada.

4. *O princípio da continuidade do serviço público*

A partir do momento em que o prestador de um serviço público coloca qualquer produto à disposição do usuário-consumidor, através de um contrato expresso ou tácito, surge para esse usuário-consumidor o direito à continuidade da prestação do serviço público instalado, vez que o Estado, por si, ou através de seus agentes ou concessionários, não pode mais furtar-se à obrigação-dever então contraída, qual seja, a de zelar pelo interesse público que, por ora, é a ininterruptibilidade daquela prestação¹³.

Em que pese tratar-se freqüentemente de um contrato de adesão — e, se configurada como relação de consumo, haverá que se adequar às determinações do art. 54 do Código —, ali se encontram presentes os elementos duradouros de qualquer tipo de contrato, seja público ou privado, que são o consentimento, o objetivo e a possibilidade jurídica do pacto avençado¹⁴. Especialmente nos contratos aqui tratados de prestação de serviços públicos industriais e comerciais, as condições geralmente impostas unilateralmente pelo Poder Público ou seus concessionários¹⁵ haverão que estar em estrita consonância com o disposto nos arts. 39 e 52 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que tratam, respectivamente, de práticas e cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo.

Além disso, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor se dedica, no art. 22 e seu parágrafo único, à positivação daquele princípio da continuidade do serviço público. Ou seja, estabelece que os serviços públicos essenciais — e pode aqui aparentar não se restringir apenas aos serviços industriais e comerciais — não podem sofrer solução de continuidade em nenhuma hipótese, como já se entendia desde outrora em doutrina e jurisprudência¹⁶.

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, Rev. Tribunais, 1984, p. 18.

14 ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Gazeta Judiciária, 1953, p. 8.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 333.

16 METRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8ª ed., São Paulo, Rev. Tribunais, 1981, p. 311.

Devemos deixar claro que a intenção do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é a de que, estando sendo prestado o serviço público *essencial*, o mesmo jamais poderá ser interrompido injustificada e unilateralmente pelo prestador, mesmo que tal possibilidade conste expressamente do contrato estabelecido entre as partes¹⁷. Tal obrigação estende-se ao concessionário ou permissionário na exploração do serviço público¹⁸, desde que caracterizada a indispensabilidade, e não importa se comercial, industrial ou não.

5. O princípio da continuidade dos serviços comerciais e industriais

Como espécie dos serviços públicos, os serviços comerciais e industriais também possuem como parâmetro orientador o princípio da continuidade em seu prestamento, desde que essencial e sempre que frutível individualmente pelo usuário-consumidor. E mais ainda, após a vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, onde o referido princípio adquiriu o caráter de obrigatoriedade por parte do prestador do serviço público, posto que devidamente positivado, ao lado de princípios ora igualmente referendados, que são os de prestação de serviços adequados, eficientes e seguros (art. 22, *caput*). Portanto, agora, mais que antes, aqueles princípios que compunham o corpo doutrinário que estudava a prestação do serviço público encontra abrigo normativo expresso que integra à lei, o que não ia além da fonte secundária do Direito, na forma de doutrina e seus princípios gerais.

O descumprimento ao disposto no *caput* do art. 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pelo prestador do serviço público comercial ou industrial, importa na possibilidade da utilização de medidas judiciais específicas consubstanciadas no art. 84, por exemplo. Ali o inadimplemento do serviço pelo Estado, empresas públicas ou concessionárias, além de assegurar a possibilidade do resultado prático equivalente, abre vias à indenização por perdas e danos, além de multa cominatória (art. 84, §§ 1.º e 2.º). Além do mais, faculta-se ao juiz da causa, se presente o *periculum in mora*, a concessão de medida liminar *ex-officio*, independente de ação cautelar própria (art. 84, § 3.º). Nesse particular,

17 VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 110.

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação...* Ob. cit., p. 48.

é a superação do princípio dispositivo, então, um dos mais caros delineadores da jus-processualística.

Portanto, meios para assegurar a adequação, eficiência, segurança e continuidade dos serviços públicos comerciais e industriais a serem prestados individualmente não só existem, como podem ser esgrimidos não apenas pelo consumidor diretamente interessado e afetado, como paralelamente pelo Ministério Público, os entes estatais, além das entidades públicas e privadas que se destinem à defesa dos direitos e interesses do consumidor (art. 82 e seus incisos).

Com efeito, o princípio da continuidade, em particular, para prevalecer efetivamente, tem sua origem em um contrato, geralmente de adesão, em que o prestador do serviço público comercial ou industrial, bem como o consumidor, assumem encargos e investem-se de direitos recíprocos. Portanto, se o prestador deve promover um serviço adequado, eficiente, seguro e, no tocante àqueles essenciais, contínuo, o consumidor, ao seu turno, deve o pagamento da tarifa pública estabelecida na forma própria e pertinente ao serviço prestado, além da obediência às demais regras regulamentares.

Recusando-se o usuário-consumidor, numa hipótese, ao pagamento da tarifa ou da taxa, cabe ao prestador negar-lhe o serviço por descumprimento da regra contratual pública¹⁹, além de dar vez à ação judicial para cobrança das importâncias. E essa recusa, por parte do prestador, em fornecer o serviço é lícita e não pode ser tomada como rompimento do princípio da continuidade, vez que o serviço encontra-se à disposição do usuário-consumidor, desde que satisfeito o contrato com o pagamento da tarifa em mora. Até porque, e reiteramos, o art. 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, para se aplicar a essa hipótese, exige que o serviço a ser prestado seja oneroso, a teor do já exaustivamente referido § 2.º do art. 3.º.

Mediante remuneração, este é o texto legal de indubitosa interpretação. O serviço prestado, público ou privado, se não oneroso, foge às prescrições codificadas. Até porque a continuidade do prestamento de um serviço não implica, necessariamente, sua gratuidade. São duas situações distintas. Um aspecto, o da continuidade, refere-se à própria prestação em si, pois jamais poderá ser interrompido por ato da prestadora um serviço público essencial que esteja em atividade e que seu usuário

¹⁹ CAETANO, Marcelo. Ob. cit., p. 287.

cumpra regularmente com seus encargos. A gratuidade de um serviço refere, por outro lado, ao aspecto econômico da prestação: se mantido através de impostos, estamos em sede dos serviços genéricos; e para aqueles prestados individualizadamente, recolhem-se taxas ou tarifas. E, se ao acaso, gratuitos, a atividade será mantida por receita pública obtida através de qualquer gênero de tributo, inclusive, e até mesmo, aqueles mesmos impostos que dão cobertura aos serviços públicos genéricos.

E se, numa eventualidade, o serviço público essencial de natureza comercial ou industrial porventura não estiver sendo prestado de modo adequado, eficaz ou seguro, o pagamento da taxa ou tarifa que lhe é pertinente não poderá ser interrompido ao alvedrio do usuário-consumidor, ainda que seja sob o argumento de que, primeiramente, o prestador daquele serviço não está cumprindo com as suas obrigações. Ou seja, estaria o usuário-consumidor buscando a aplicação do *caput* do art. 1.092 do Código Civil, que prescreve que, nos contratos bilaterais, uma das partes que não esteja cumprindo os seus encargos, não se lhe permite, antes de satisfazê-los, exigir o implemento da obrigação alheia.

Ora, como já assentado acima e agora reafirmado, os meios ao alcance do usuário-consumidor são aqueles dos art. 81 e seguintes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, próprios e suficientes à satisfação de seus direitos e prerrogativas, mesmo no trato com entes públicos. Sequer o juiz, com fundamento legal devido ao caso concreto, pode aplicar, em caso de serviços públicos industriais e comerciais, a *exceptio non adimpleti contractus* do art. 1.092 do Código Civil, apropriado apenas às relações privatísticas²⁰, e inadequado no trato jurídico em que participe o interesse público, mesmo que através de concessionárias ou permissionárias.

E ainda que se classifique como serviço essencial — e, por exemplo, o transporte público nos grandes centros urbanos o é — a remuneração é indispensável, uma vez que não se pode conceber que o usuário-consumidor desse serviço público comercial utilize-o gratuitamente e, depois, aguarde em sua residência a cabível ação judicial de cobrança da tarifa não quitada. Portanto, equivocada a vetusta doutrina²¹ que defendia esse posicionamento e recentes manifestações judiciais que tomam o princípio da continuidade pelo da gratuidade do serviço público, mesmo que indispensável a sua prestação. Pois, do contrário, nenhuma instituição da-

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 82.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 309.

que as prestadoras de serviço público sobreviveria à boa vontade do usuário em cumprir as suas obrigações, desde que este estivesse seguro de que, não obstante a falta de pagamento da tarifa, o serviço jamais viria a ser interrompido.

Portanto, uma vez que o usuário-consumidor se disponha a utilizar de determinado serviço público, mesmo aquele essencial, contrai com o prestador um contrato que será regido pelas diretrizes do direito público — e também o Código de Proteção e Defesa do Consumidor assim o define, vez que as suas normas são irrenunciáveis, inderrogáveis e inegociáveis, a propósito daquilo que determina o art. 1.º, quando estabelece aquelas regras como de ordem pública e de interesse social —, e essas regras prevalecem desde que, tal como lembrado, não importem em prática ou inclusão em contratos de relação de consumo de cláusulas abusivas, posto que vedadas pelos arts. 39 e 51, respectivamente.

Pacta sunt servanda é o princípio que também impera nas relações de consumo entre o prestador de serviço público e o usuário-consumidor, não obstante todas as vistas e revistas prescrições impostas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevalecem, antes de mais nada, a vontade e o consentimento das partes contratantes no âmbito de suas respectivas autonomias, como penhor daquilo que foi contratado entre as partes, ainda que através de contrato de adesão com cláusulas preestabelecidas²².

6. Conclusões

Em apertada síntese, tivemos em meta demonstrar que, a partir da vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), a prestação de serviços públicos comerciais e industriais passou a obedecer efetivamente a novas orientações, em que pese a doutrina, desde antanho, acolhê-las na forma de princípios gerais do Direito Administrativo.

Em suma, podemos verificar que, com a vigência desse referido estatuto, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos (art. 4.º, VII) passou a ser orientação e regra para o prestamento individualizado dos mesmos; sendo que num sentido mais amplo erigiu a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos *em geral*, como direito básico do

²² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tarifa de água. In: *Revista de Direito Público* n.º 20, p. 377.

consumidor (art. 6.º, X), em que pese a maior parte desses serviços prestados não se enquadrar como verdadeira relação de consumo.

Relativamente aos serviços públicos essenciais, exsurge em norma expressa o princípio da continuidade de sua prestação (art. 22, *caput*), que não poderá ser interrompida unilateralmente pelo prestador sem justificado motivo de direito, amparado também em contrato, mesmo que de adesão pelo usuário-consumidor.

E, no outro pólo, esse usuário-consumidor, em verificando e de fato podendo constatar que o serviço público então prestado não preenche os requisitos de adequação, eficiência, segurança e continuidade, poderá aviar contra o respectivo prestador, qualquer que seja ele, os recursos propostos pelos arts. 81 e seguintes, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que, especialmente no art. 84, estabelece indenização por perdas e danos, além da possibilidade de concessão de medida liminar, sempre que pertinente à matéria em julgamento.

Já a simples recusa ao pagamento da taxa ou da tarifa pelo usuário-consumidor, dentro dos respectivos regulamentos, acarretará a interrupção do serviço prestado, sem que possa ser argüido validamente qualquer das regras deste Código — que exige a remuneração para que o serviço promovido possa ser subsumido às normas codificadas (art. 3.º, § 2.º) —, ou a *exceptio non adimpleti contractus* do art. 1.092 do Código Civil, próprio apenas às relações de direito privado.

Em arremate, é vedado por lei federal a prestação de serviços públicos gratuitos, estabelecida posteriormente à promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e que repetia anterior legislação datada de 1952. São, respectivamente, os arts. 4.º da vigente Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece o regime jurídico único para os servidores públicos, e da revogada Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952 — o então denominado Estatuto do Funcionário Público —, que sempre obstaram à prestação gratuita de serviço público.

Essa derradeira lembrança se presta mais como referencial daquilo que já se encontra evidente pelo estudo sistemático das prescrições contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e nos princípios que regem os contratos firmados por entes públicos ou seus concessionários, e daqueles que ainda orientam a prestação de todo e qualquer serviço público, especialmente os essenciais e aqueles prestados individualmente.

Dos Contratos de Seguro-Saúde no Brasil

MARIA LEONOR BAPTISTA JOURDAN

Advogada (Especialista em Seguro-Saúde no
Rio de Janeiro)

O ser humano que sempre tem de enfrentar a *luta pela vida* nem sempre a enfrenta em condições de igualdade com os seus semelhantes e competidores; alguns estão biologicamente melhor habilitados que outros, numa repetição — dentro do quadro social da humanidade — daquela realidade que DARWIN registrou na *luta das espécies*, que se desenvolveu e desenvolve em nosso universo através dos tempos. Por isso, os mais aptos para a luta vencem ou eliminam os ineptos.

Na história das civilizações, uma das mais constantes presenças é a *luta entre os ricos e os pobres*, eufemismo que se emprega para dissimular a crueza do registro das disputas entre os mais habilitados e os menos preparados para a competição social. Em seu livro sobre *A Cidade Antiga*, obra clássica da história das instituições sociais, FUSTEL DE COULANGES registra minuciosamente como se teria desenvolvido “a luta entre os ricos e os pobres” durante os períodos áureos da civilização greco-romana.

Desde que o homem abandonou o estado nômade para se fixar num pedaço de terra a fim de cultivá-la com o necessário à sua subsistência, e para nela construir uma habitação segura contra a hostilidade dos elementos do meio, tornou-se importante inventar algo que fosse capaz de organizar e disciplinar o agregado habitacional — a *cidade* — necessariamente surgido dessa cultura do sedentarismo.

Criou-se, então, o *Estado*, que se transformaria pelo correr dos séculos, acompanhando as transformações das sociedades humanas conforme as circunstâncias do meio geográfico, dos climas, do grau de cultura e de civilização, como observou MONTESQUIEU no seu livro de tanta influência na formação das instituições jurídico-políticas modernas, *Do Espírito das Leis*.

No século passado foi engendrada a teoria do *Estado de Direito*, o que corresponde a submeter toda a estrutura do Estado à obediência das normas contidas nas leis que tenham sido formalmente elaboradas; todavia, se nesse regime era possível garantir a segurança jurídica da cidadania, ele ainda não estava aparelhado para corrigir ou atenuar os constantes desequilíbrios na competição social entre ricos e pobres, entre fortes e fracos.

Foi então que, já no curso de nosso declinante século XX, se teve a iniciativa de habilitar a entidade estatal a interferir no processo social — mediante leis ou organismos institucionais criados para atuação material — a fim de atenuar a rudeza da competição no seio do quadro social: a esse novo regime se denominaria *Estado Social de Direito*.

Entre as instituições que melhor se desenvolveram no contemporâneo Estado Social de Direito merece destaque particular a *previdência social*, que — criada há pouco mais de cem anos por BISMARCK na Prússia — existe hoje em todos os países, em caráter oficial. Entretanto — mesmo onde ela está bem implantada, como na própria Alemanha, onde nasceu, na Inglaterra e nos Estados Unidos — por toda parte a previdência social está em crise, pela simples razão de que dela se tem exigido demasiado, muito acima das suas possibilidades atuariais: daí o terem sido criadas, também em todos os países, instituições privadas para suprir o que a previdência oficial não tem condições de oferecer, inclusive um expedito e eficiente sistema de tratamento da saúde.

Nesse quadro foi que, modelado pelo que se tinha instituído nos Estados Unidos, criou-se no Brasil o Seguro-Saúde.

Entretanto, *o que é Seguro-Saúde?* — Embora nenhuma lei até a presente data o tenha regulado, inumeráveis entidades privadas passaram a explorar um ramo de atividade econômica que a jurisprudência logo qualificaria como securitária, da espécie Seguro-Saúde, posta sob o tratamento jurídico do Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966.

Com efeito, esse diploma foi promulgado para o fim de organizar o "Sistema Nacional de Seguros Privados" e regular as operações de seguro e resseguro, oportunidade em que criou o Conselho Nacional de Seguros

Privados — CNSP e uma Autarquia Federal, a Superintendência de Seguros Privados — SUSEP para o fim específico de executar a política traçada pelo CNSP, bem como fiscalizar a “constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras” (arts. 35 e 36 do DL 73).

Nesse mesmo estatuto do Seguro Privado, no Cap. XI, pertinente a “Disposições Gerais e Transitórias”, uma Seção I cuidou do “Seguro-Saúde” (arts. 129/135): no art. 129 foi estabelecido:

“Fica instituído o Seguro-Saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar”;

e, no preceito seguinte:

“Art. 130. A garantia do Seguro-Saúde consistirá no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado.”

Em seguida, e até o art. 135, o último do Cap. XI, o Decreto-Lei cuidou do Seguro-Saúde, prescrevendo providências a serem expedidas pelo CNSP (tais como tabelas de honorários médico-hospitalares e fixação de percentuais de participação obrigatória dos segurados nos sinistros — art. 131) e medidas de outra ordem a serem objeto do “que dispuser a Regulamentação do Decreto-Lei”, a qual de modo expresso teve sua feitura determinada para expedição em 120 (cento e vinte) dias (art. 149), fato que nunca se concretizou.

A circunstância de jamais ter sido regulamentado o DL n.º 73 induziu a SUSEP a nunca tratar do Seguro-Saúde como matéria dependente de sua disciplinação, pelo que inumeráveis entidades, dentre as quais se destaca — pelo seu pioneirismo de mais de vinte anos, como pelo seu grande desenvolvimento — a Golden Cross Assistência Internacional de Saúde, passaram a funcionar sem nenhum controle oficial, nalguns casos a prejuízo dos tomadores de seus contratos, pois algumas dessas entidades não são dignas de funcionar num mercado sem controle do poder de polícia.

Foi em razão da postura omissiva da SUSEP, em suas administrações do período seguinte à promulgação do Decreto-Lei n.º 73, de 1966 — e omissiva tanto no concernente às providências que deveria ter adotado para a regulamentação do Estatuto referido, como para a fiscalização das entidades, empresas ou carteiras empenhadas no Seguro-Saúde —, que gerou tanta confusão e tantas ações no Judiciário, a propósito de contratos da natureza dos comentados.

Alguns especialistas que se têm aplicado no tema em tela pretendem sustentar que a Assistência Privada à Saúde se apresentará em três formas diferentes: 1.º) através de *cooperativas* de produtores ou consumidores, geralmente cooperativas formadas por médicos, que têm ensejado certos conflitos éticos, em razão de alguns entenderem que, no caso, essas entidades levam os profissionais da Medicina a mercantilizar sua nobilíssima instituição; 2.º) entidades ou empresas beneficentes ou de fins puramente lucrativos, que prestam serviços de assistência médica ou hospitalar pela via de serviços próprios ou tomados em rede credenciada; 3.º) seguro-saúde na condição de uma espécie, no sentido estrito, do seguro geral, a cargo de empresas de seguro de larga tradição na atividade securitária.

Em nosso País as três modalidades já têm presença no mercado de Seguros, sempre sob o *nomen* Seguro-Saúde, e exercidas por entidades de grande crédito, talvez as maiores seguradoras do ramo, como a Golden Cross, o Bradesco, a Sul-América, a Amil, e, no campo de cooperativas, a Unimed.

Dissemos acima que a atividade Seguro-Saúde teve sua definição jurídica, como tal, feita por tranqüila jurisprudência, formada por decisões de 1.ª Instância, de Tribunais de Alçada, de Justiça e até do Supremo Tribunal Federal.

Efetivamente, num caso judicial oriundo de cobrança que a PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO, fazia à Amil — Assistência Médica Internacional Ltda. de Imposto Sobre Serviços-ISS, defendeu-se a executada com o argumento de que exercia atividade no ramo do Seguro, Seguro-Saúde, alheia à competência tributária do Município, ante os encerrros dos arts. 21-VI e 24-II da Constituição Federal à época vigente (a Carta de 1967/1969). A Sentença de 1.ª Instância desfavorecia ao sustentado pela Amil, que por isso recorreu ao Tribunal de Alçada Cível (do Estado do Rio, obviamente) que lhe deu ganho de causa, em Acórdão unânime que teve este tópico no voto condutor:

“A atividade da apelante — cobertura de custos de assistência médico-hospitalar — caracteriza-se pela celebração de nítido contrato de *seguro*, do tipo *seguro-saúde*, previsto nos arts. 129 e 130 do Decreto-Lei n.º 73, de 21-11-66, robustecido pelo fornecido pela SUSEP.”

Tendo a Prefeitura interposto Recurso Extraordinário que seria distribuído à 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte, pela unanimidade de seus membros, seguindo o voto do Relator, o Ministro NERY

DA SILVEIRA, negou provimento ao Recurso da Edilidade Carioca julgando a questão nos termos da Ementa assim redigida:

"ISS, Seguro-Saúde, Decreto-Lei n.º 73/1966, arts. 129 e 130. Cobertura de gastos de assistência médica e hospitalar, nos limites contratuais, em período determinado, quando o associado os tiver de efetuar. Os valores recebidos do associado não se destinam à contraprestação imediata por qualquer serviço médico ou hospitalar prestado pela entidade. Quem presta os serviços de assistência é o médico ou o hospital credenciado, sob responsabilidade própria. Riscos futuros. Não-caracterização da figura do agenciador de serviço. Situação de fato e cláusulas contratuais discutidas no acórdão e insuscetíveis de reexame em recurso extraordinário. Súmulas 279 e 454. Não-enquadramento em hipótese de incidência do ISS: Constituição, arts. 24, II, e 21, VI. Decreto-Lei n.º 834/1969 e Lista de Serviços. Lei Complementar n.º 56, de 15-12-1987, e a nova Lista de Serviços, onde se incluem, no item 6, como sujeitos ao ISS, os serviços de "Planos de Saúde", prestados por empresa que não esteja incluída no item 5 desta Lista e que cumpram através de serviços prestados por terceiros, contratados pela empresa ou apenas pagos por esta, mediante indicação do beneficiário do plano". Não-aplicação ao caso concreto da Lei Complementar n.º 56/1987. Recurso extraordinário não conhecido."

Entre outras considerações que o levavam à manifestação resumida na transcrita ementa, escreveu o Ministro NERY DA SILVEIRA:

"Tratando-se de um serviço prestado em condições de livre concorrência (v.g. Bradesco, Golden Cross, Comind), quer do ponto de vista da empresa, quer do profissional ou hospital habilitado, não há possibilidade de se praticar preços diferentes do mercado, sem que se comprometa a qualidade do serviço e, igualmente, o próprio negócio. Por conseguinte, o credenciamento representa uma seleção de qualidade profissional que garante ao associado da apelante poder contar com profissionais habilitados nas diversas especialidades, segundo os critérios técnicos e profissionais mais rigorosos.

A atividade da apelante — cobertura de custos de assistência médica hospitalar — caracteriza-se pela celebração do nítido contrato de seguro, do tipo seguro-saúde, previsto nos arts. 129 e 130 do Decreto-Lei n.º 73, de 21-11-66, robustecido pelo documento fornecido pela SUSEP.

Obriga-se a apelante a indenizar o associado ou cliente do prejuízo resultante de *riscos* futuros, previstos no contrato, preenchendo, pois, integralmente, a definição legal, doutrinária e jurisprudencial de contrato de seguro.

O contrato é *aleatório* e não comutativo (...). Configurando, irremediavelmente, a atuação da apelante, típica atividade securitária, da espécie, *seguro-saúde*, não está ela submetida ao ISS e, por isto, não está sujeita à competência tributária do Município, *ex vi* dos arts. 21, VI e 24, II da Constituição Federal."

Esse comentário sobre a jurisprudência que atribuiu natureza securitária aos contratos de reembolso dos valores dispendidos com tratamento médico-hospitalar — por vezes impropriamente denominado contrato de assistência médico-hospitalar — da espécie dos que ordinariamente estão colocados no mercado pela Amil, Golden Cross, e entidades de natureza semelhante, torna oportuno definir qual seja o estatuto jurídico dos seguros, em geral. Isto torna-se necessário porque, feita referência ao Decreto-Lei n.º 73/66, que criou o instituto do Seguro-Saúde, isso eventualmente induzirá à deslembração do estabelecido no Código Civil, a propósito do Contrato de Seguro (CC — Parte Especial, Livro II, Tít. V, Cap. XIV); no entanto, embora o mais recente diploma seja o regulador da política nacional dos seguros, de nenhum modo ele derogou o Código Civil, que, no trecho acima referido, fixou os elementos fundamentais do Contrato de Seguro.

Evidentemente, e agora temos de invocar o art. 2.º da Lei de Introdução do Código Civil, o Decreto-Lei n.º 73/66 só terá removido desse Código aquelas cláusulas que com ele sejam flagrantemente incompatíveis (parágrafo 1.º do mencionado art. 2.º da Introdução — CC). Nessas condições, a regularidade jurídica das cláusulas dos contratos de Seguro-Saúde, inclusive das que impliquem o *não-indenizar*, tem seu fundamento e consideração de razoabilidade e de legalidade estribados no Código Civil, que, conforme a qualificação que uma vez lhe atribuiu MIGUEL REALE, é a Constituição do homem comum.

Um elemento de perturbação das entidades que se aplicam no Seguro-Saúde, o qual a cada dia se torna de tratamento mais difícil, em nosso País, é a intervenção da Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB, e, mais recentemente, a das inúmeras entidades colocadas no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, pelo art. 105 da Lei n.º 8.078, de 11-9-90, o Código de Proteção do Consumidor. Como se não fosse suficiente a SUNAB, para demolir qualquer pretensão de implantar uma *economia de mercado*, fundada na *livre iniciativa* que o art. 1.º da Constituição Federal de 1988 erigiu à condição de "fundamento" — um dele

— de nosso Estado Democrático de Direito, agora todas as empresas de Seguro estão a defrontar-se com a ação ainda mais exacerbada de inúmeras entidades oficiais, os PROCON's e similares, e de uma multidão de "entidades privadas de defesa do consumidor" que já estão surgindo.

Para enfrentar essa tormenta de características policialescas, tantos são os poderes limítrofes da arbitrariedade de que esses agentes de *defesa do consumidor* vêm aparelhados; e, outro tanto, para se defender da voracidade perversa da Superintendência Nacional do Abastecimento, todas as entidades privadas de objetivos econômicos têm de fazer investimentos desmesurados nos seus setores de defesa jurídica, como o que oneram de muito seus custos operacionais.

No entanto, o que de mais lastimável está ocorrendo é que essas entidades oficiais ou oficializadas de controle dos preços de produtos, de bens, de serviços (SUNAB) ou de proteção do consumidor (PROCON's) vão a tais extremos de intervencionismo policial que nem respeitam as competências de certos órgãos da Administração Federal, como, por exemplo, a SUSEP: com efeito, SUNAB e PROCON's timbram em ignorar quaisquer medidas tomadas por esse órgão federal da política de seguros do País, que ela exerce nos termos do art. 36 do Decreto-Lei n.º 73/66, o qual dispõe, *verbatim*:

"Art. 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;

b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;

c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional;

d) aprovar os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP;

e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis;

f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado;

g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras;

h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-Lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis;

i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País;

j) organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento."

Acrescente-se que o estabelecido neste Decreto-Lei n.º 73/66 está perfeitamente correto, no plano jurídico, pois na conformidade do art. 22 — inciso VII da Constituição Federal, é privativa da União a competência para legislar sobre "seguros".

Para se ter a dimensão dessa abusiva ingerência na área de competência exclusiva da SUSEP, o jornal *Zero Hora*, de Porto Alegre, em sua edição de 22 de julho anterior, publicou — sob destacado título — a notícia de que as empresas de Seguro-Saúde irão sofrer fiscalização para se adequarem "aos patamares mínimos exigidos pelo Código de Defesa do Consumidor", dentro de seis meses, "ou deverão modificar seus contratos para tornar claro aos segurados de que oferecem limites em seus planos de saúde". Mas isso ainda não é tudo, de como se deduz da continuação da notícia jornalística, assim posta:

"O aviso foi dado, ontem, pelo Secretário de Justiça Geraldo Gama, em audiência na Câmara dos Vereadores com os representantes das principais empresas do setor. Depois desse prazo, completou Gama, "vamos exigir respeito a todo o Código para acabar com a propaganda enganosa".

Os fiscais deverão examinar os contratos para conferir se os critérios definidos pela Comissão de Saúde, formada pelo Secretário, mais representantes do Sistema de Defesa do Consumidor (Sistecon) e advogados, estão sendo cumpridos. Entre eles, consta que a venda de seguros só poderá ser feita numa localidade com, no mínimo, 20% dos médicos e 80% dos hospitais e ambulatórios credenciados.

O projeto prevê ainda que o seguro deverá garantir a internação do paciente em leito superior, sem qualquer despesa, se não houver o leito contratado. O reembolso do segurado deve ser feito com valores corrigidos até cinco dias antes do pagamento. Se uma cidade não tiver atendimento hospitalar em caso de emergência, o fornecedor deverá indenizar o transporte do segurado. A preocupação contra a propaganda enganosa não diferencia os planos de assistência médica (de pequeno risco) dos planos de seguro-saúde (chamados de grande risco, porque cobrem despesas maiores, como as hospitalares).”

Outro elemento estrangulador da atividade das entidades devotadas ao Seguro-Saúde, ou pelo menos encarecedor de seus custos operacionais pelo que implica em avultamento de suas despesas com advogados e ações judiciais, é a pretensão que muitas das quatro mil municipalidades do Brasil vêm efetivando em medidas administrativas ou executivos fiscais de cobrança de tributos com o ISS, de que está ímune, no plano local, quem exerça essa atividade econômica de Seguro-Saúde. Aqui reside outra fonte de dispêndio de energias e de despesas judiciais e com honorários advocatícios que, de outro lado, vão pesar nos custos operacionais.

É certo que na maioria dos casos a Justiça tem reconhecido a abusividade de tal cobrança de municipalidades: entretanto, até se chegar a esse resultado, muito tempo se consumiu e muita despesa se acumulou.

Como é de universal conhecimento — porque fenômeno idêntico ocorre em quase todos os países — o Seguro-Saúde prospera em razão das deficiências dos planos previdenciários oficiais. E no Brasil, então, onde só se houve falar na *falência de nossa previdência social*, o Seguro-Saúde tem encontrado campo fértil para se difundir, graças precisamente ao miserável funcionamento dessa instituição oficial.

Todavia, como para muitos órgãos oficiais ou oficializados a que já fizemos referência (SUNAB's, PROCON's, etc.), o Seguro-Saúde parece ser produto de uma galinha de ovos de ouro, todos caem sobre ele. Por exemplo, até os Conselhos Regionais de Medicina resolveram entrar na corrida para *tascar* o Seguro-Saúde...

Efetivamente, num procedimento que logo se tornaria modelo seguido por muitos outros Conselhos Regionais de Medicina, o do Rio de Janeiro, o CREMERJ, emitiu uma Resolução n.º 19, aos 20 de agosto de 1987, que, ademais de flagrantemente abusiva no que subverte as regras do Seguro-Saúde que incumbe à SUSEP disciplinar, pretende até impor procedimentos jurídicos, como se o próprio CREMERJ, uma Autarquia Federal *ex vi* da Lei n.º 3.268, de 30-9-57, fosse um órgão legislativo.

Ainda a propósito: nessa resolução cuja validade jurídica ora impende de apreciação do Superior Tribunal de Justiça, para o qual recorreram muitas empresas de Seguro-Saúde — um dos tópicos mais aberrantes de todas as normas pertinentes aos contratos de seguro é o inscrito na alínea h do art. 1.º, que prescreve:

“as empresas contratantes estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde”.

Por múltiplas razões, inclusive as de ordem contratual relacionadas com a liberdade de manifestação de vontade nos contratos privados, e principalmente em respeito aos princípios atuariais que viabilizam os Contratos de Seguro, é de obviedade flagrante que essa disposição da esdrúxula Resolução n.º 19/87 do CREMERJ, não tem condições de prevalecer: até um preceito legal com o mesmo teor haveria de ser questionado à luz da Constituição Federal, e não poderia prevalecer.

Daf estarem surgindo questões entre as entidades engajadas no Seguro-Saúde e o CREMERJ, que persiste no propósito de legislar mediante “resoluções”, sobre os procedimentos relacionados com o Seguro-Saúde. E uma das questões mais candentes, atualmente em curso, é a pertinente à AIDS, que uma outra resolução subsequente do CREMERJ quer seja coberta, no seu caráter de problema social, pelas seguradoras da saúde, esquecendo-se essa entidade oficial, que a matéria está na alçada fiscalizadora da SUSEP, por uma parte, e que, na conformidade do art. 196 da Constituição Federal, *se a saúde é direito de todos, todavia é dever do Estado a ela atender*, quer diretamente, quer mediante políticas sociais e econômicas que o mesmo Estado promoverá. Pode acontecer, entretanto, que entidades privadas queiram engajar-se na assistência à saúde que, pelo art. 199 da mesma CF “é livre à iniciativa privada”: não obstante, tal liberdade de iniciativa privada terá de se exercer “mediante contrato de direito público ou convênio” (obviamente vinculando o Estado ao negócio), embora se dê preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos que, por sua natureza, nada ou muito pouco deverão exigir do Estado (referido art. 199, § 1.º, da CF).

Querer estabelecer, a título de insólitos encargos para entidades ou empresas que se dedicam ao desempenho econômico de Seguro-Saúde, imposições estranhas ao contratado, é adotar uma prática por todos os títulos aberrante de qualquer valor jurídico, desde que, pela nossa Constituição Federal, ademais de ninguém ser obrigado a fazer algo ou deixar de algo fazer sem uma lei que predeterminadamente isso imponha (art. 5.º, inciso II), pelo mesmo diploma é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo outro tanto garantida a liberdade de manifestação do pensamento; esses preceitos constitucionais prescindem de muita excogi-

tação para nos levar à conclusão de que a liberdade de contratar, ao lado de outras — tal como a liberdade de profissão —, corresponde a direitos preeminentes, dentre os que superlativamente foram instituídos pelo Diploma Federal.

Portanto, à margem do que somente à Superintendência de Seguros Privados compete, no exercício de seu poder de polícia que o art. 36 da Lei n.º 13/66 regula, querer atribuir a outrem o exercício de outros poderes de polícia (a título de defesa do consumidor etc.) sobre Contratos de Seguro quaisquer, inclusive os de Seguro-Saúde, será procedimento infringente da reserva legal e, por isso, *flagrantemente inconstitucional*, desde que todo o vigente sistema constitucional brasileiro exalta à sociedade a livre iniciativa, a livre concorrência e tudo quanto seja concernente à livre manifestação de vontade do cidadão.

O critério de reajuste dos “prêmios” do seguro-saúde também tem gerado apelo aos PROCON’s e ao Judiciário, através de Ações Cíveis Públicas e Consignatórias.

Nós, que acompanhamos essa modalidade de seguro desde 1978, podemos afirmar que o problema inexistia anteriormente, só se tornando consistente a partir de 1985. Reflexo incontestado da situação econômico-financeira do País, somado à peculiaridade do Setor: *O preço da saúde é caro.*

Seguidos e variados critérios governamentais de reajustes, impostos como normas de Direito Público cogente aos contratos de seguro-saúde; foi o último estabelecido pela Portaria n.º 110, de 11 de agosto de 1991, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, este em função do índice setorial (variação dos honorários médicos, diárias e taxas hospitalares, medicamentos, além de salários e despesas gerais). No entanto, logo em seguida, em 25 de setembro de 1991, a Portaria n.º 221 do mesmo Ministério liberou os preços da saúde por entender que a fórmula para o reajuste do seguro é efetivamente mais complexa, envolvendo, basicamente, cálculos atuariais específicos.

É um fenômeno mundial os custos da saúde suplantarem os índices da inflação geral. Nos EUA., pelas estatísticas fornecidas pelo *U.S. Bureau of Labor Statistics* 1991, a inflação de serviços médicos é o dobro da geral, sendo que os índices dos produtos médicos, dos serviços médicos, dos serviços profissionais da área médica, dos honorários médicos e dos custos hospitalares, todos, superam alguns mais que o dobro, os da inflação geral.

No Brasil, onde os percentuais de inflação avultam, seus efeitos perversos se refletem nos custos da saúde, sacrificando os seus tomadores.

As causas têm o seguinte diagnóstico: *novas tecnologias* com alto custo de material, *oferta de novos serviços*, *competência profissional*, *síndrome do consumismo* ("tenho direito, vou usar"), *excesso de exames*, *fraude* do usuário e do prestador dos serviços, e *ignorância*, também de ambos.

O papel da Seguradora é de *intermediário* entre os interesses conflitantes do usuário e do prestador de serviços, e a *parceria* entre os três elementos é fundamental para redução de custos.

Na busca dessa *parceria* os esforços devem ser multilaterais.

Do *pagador e usuário*: melhor escolha de tipo de contrato "recortado" conforme seus interesses, seleção de médico, médico de família, conceito de utilização necessária, denúncia de abusos.

Do *prestador de serviço*: melhor preparo profissional, melhor exame clínico e solicitação de exames necessários.

Da *Medicina Preventiva*: stress, fumo, álcool e drogas, prevenção da Aids, obesidade, diabetes, alimentação, exercícios.

Da *Seguradora*: procurar encontrar o ponto de equilíbrio entre os interesses de todos os *stockholders*, com ênfase na comunicação, diálogo, negociação, transparência e cumprimento de acordos.

Apenas para exemplificar os altos custos da saúde no Brasil: o custo médio por paciente internado em outubro de 1992, foi de Cr\$ 16.000.000,00 (dezois milhões de cruzeiros), sendo a média, por dia de internação, Cr\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil cruzeiros). Em UTI ou CETIM, esses custos são multiplicados por cinco, não sendo raro que uma internação nessas unidades especiais atinjam a *um bilhão de cruzeiros*.

No cateterismo cardíaco, em alguns casos a sonda utilizada, e diga-se, descartável, atinge o preço de Cr\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de cruzeiros).

Em conclusão, a instituição do Seguro-Saúde, de novel implantação em nosso País, está a exigir um estatuto jurídico particular, que lhe assegure vitalidade e desenvolvimento. Como ele está sendo hoje tratado, quando tantas entidades oficiais ou oficiosas sobre ele se encarnçam a tentar despedaçá-lo como se fosse uma galinha de ovos de ouro que se quer de imediato tomar, para de pronto enriquecer com o que traz nas entranhas, isso desserve à Nação e, a persistir, daqui a pouco o instituto estará reduzido à miserável condição em que hoje está no Brasil a Previdência Social.

A Nova Regulamentação das Arbitragens

Projeto de Lei do Senado n.º 78/92, do
Senador Marco Maciel

OTTO EDUARDO VIZEU GIL

Advogado

O Projeto de Lei do Senado n.º 78/92, do Senador Marco Maciel, que dispõe sobre a instauração e o processo das arbitragens, regulados atualmente pelos artigos 1.075 e seguintes do Código de Processo Civil, é o objeto de nossa análise. A pretexto de que a legislação vigente traz grandes limitações à utilização da via arbitral para a solução de divergências ocorridas na execução dos contratos, ele se propõe a revogar todo o Capítulo XIV do Título Único do Livro III do Código de Processo Civil, substituindo-o por um texto que melhor adapte aquele instituto às necessidades da sociedade moderna. Esclarece-se que o Projeto teria recebido a valiosa colaboração de ilustres juristas, o que não impediu, vênha devida, a repetição de alguns sérios equívocos, responsáveis pela ineficiência da lei vigente e que bastam, de si sós, para reverter o quadro otimista idealizado pelo eminente Senador por Pernambuco. De qualquer forma, e porque tenho sempre lastimado o desprestígio atual das arbitragens, louvo a iniciativa meritória, com as ressalvas que seguem abaixo deduzidas.

O juízo arbitral, para que possa ser melhor recebido e aceito pela sociedade brasileira, há de se vincular diretamente ao implemento de duas

condições inafastáveis, infelizmente desapercibidas pela nossa legislação processual. A primeira delas, a celeridade na conclusão do feito, o que jamais será possível enquanto a sentença arbitral (nacional) estiver sujeita à homologação pela autoridade judiciária. Esse é um dos equívocos mais condenáveis da legislação vigente, e são poucas as sentenças cujo mérito não seja, a propósito de alguma eventual nulidade ocorrida no processo arbitral, rediscutido no juízo de homologação. No Brasil, não obstante o convencimento bastante generalizado acerca da lentidão da máquina judiciária e da duvidosa capacitação técnica de alguns magistrados — circunstâncias que normalmente atrairiam para o foro arbitral um bom número de desavenças que hoje deságuam no foro comum —, o juízo arbitral permanece desprestigiado exatamente pelo receio de que a solução do dissídio não vai se esquivar nem da morosidade costumeira de nossa justiça comum e nem das surpresas e reviravoltas que ali ainda podem ocorrer na fase homologatória do julgado.

O Projeto andou certo, portanto, ao proibir a interposição de recurso (cláusula com recurso) e ao dispensar a intervenção do Poder Judiciário para a homologação da sentença arbitral (nacional), o que representa um passo seguro para a revitalização do instituto. Mas sucede que nem sempre o juízo arbitral se instaura com a celeridade desejada, e malgrado a inserção no contrato de cláusula compromissória, é muito freqüente a postura evasiva do contratante receoso de um julgamento desfavorável, que retarda propositadamente a instauração da lide ou mesmo desatende ao chamamento, frustrando a arbitragem e compelindo seu co-contratante a buscar amparo na justiça comum. O Projeto ensaiou uma solução para o problema, mas, por timidez, ficou em meio do caminho. Instituído a executoriedade, no foro comum, da cláusula compromissória (artigo 7.º), o Projeto quis impedir que o contratante, que se obrigou no contrato pela solução arbitral (cláusula compromissória), dificulte ou impeça a instauração da arbitragem, recusando-se a discutir a respectiva regulamentação. Essa recusa, segundo o Projeto, confere à parte tergiversante legitimidade passiva para responder ao ajuizamento da medida prevista no artigo 7.º, a ser decidida em processo sumário cuja sentença se limitará à fixação do conteúdo da arbitragem e à nomeação do árbitro: a sentença que julgar o pedido valerá como compromisso arbitral.

A execução judicial da cláusula compromissória, ainda que sujeita, até à sentença que fixará as dimensões da arbitragem, a um rito presumivelmente célere, não vai impedir todos os incidentes que podem vir a ocorrer no curso desse processo e nem obstar a interposição dos recursos autorizados na lei processual, com todas as delongas imagináveis. A antevisão de todo esse complicador vai servir de estímulo eficiente para afugentar

da solução arbitral, que deve ser necessariamente rápida e segura, um contingente enorme de contratantes dissidentes.

Eu penso que todo esse risco poderá ser evitado se a nova lei, ao invés de estatuir a executoriedade da cláusula compromissória com vistas à regulação judicial da convenção arbitral, dispuser, de forma acentuadamente mais pragmática, que o juízo arbitral só poderá ser validamente instaurado se as partes, ou no próprio contrato, seja ele qual for, ou em pacto adjeto, estabelecerem a cláusula compromissória, ou seja, o compromisso pelo qual se dispõem a resolver suas desavenças no foro arbitral, e a própria convenção arbitral, ou seja, o conjunto de normas que vão reger o processo, até final decisão. Assim, a parte que houver se comprometido a discutir suas divergências pela via arbitral, sob regras fixadas na convenção arbitral, terá de se submeter à decisão que ali vier a ser proferida, ainda que, devidamente notificada por correspondência epistolar, deixar de nomear árbitro e recusar-se a participar da arbitragem, que seguirá seu curso e será julgada à revelia: a sentença que vier a ser proferida produzirá os mesmos efeitos da sentença emanada da justiça comum e constituirá título executivo judicial. Não vejo outro sistema que melhor contribua para dar às arbitragens a serventia desejada. As partes que aceitarem o compromisso arbitral e, concomitantemente, as regras do processo arbitral, ficam desde logo sabendo que as suas divergências contratuais serão *soberanamente* discutidas e resolvidas no juízo arbitral, e que os órgãos do Poder Judiciário não intervirão senão para conhecer da execução da sentença que ali, naquele foro, houver sido proferida.

A celeridade do processo arbitral está diretamente condicionada à sua soberania. A alternativa sugerida no Projeto, de se dar força executória ao compromisso arbitral, não vai resolver o problema. E isso pela só razão que o Poder Judiciário, se houver esquiwa de qualquer das partes, terá de ser acionado para compor as regras da arbitragem, que só depois disso se instaurará. Essa não é a melhor alternativa. Se a opção pelo foro arbitral (compromisso arbitral) vier a ser feita à vista de regras que as próprias partes selecionaram, e escolheram, e que por isso mesmo induziram e condicionaram a assunção daquele compromisso, e se a lei determinar que a arbitragem será obrigatoriamente processada na conformidade daquelas regras (convenção arbitral) e se instaurará pela só aceitação daquele compromisso e mediante simples provocação de qualquer dos co-contratantes, e se a lei ainda estipular que a arbitragem, uma vez instaurada, ainda que à revelia, seguirá o seu curso normal, debaixo das regras convencionadas, até sentença final, que terá a força de um título executivo judicial, e que prescindirá de homologação — se a lei assim dispuser, as arbitragens compromissadas serão obrigatória e automática-

mente instauradas, e não terão o seu curso dificultado ou obstado por medidas judiciais protelatórias.

O juízo arbitral não pode prescindir de um outro atributo essencialíssimo, que é o da segurança da sentença, e que nada tem a ver com a imparcialidade e competência dos árbitros no exercício de sua função. É preciso considerar que a sentença arbitral não difere da sentença proferida pela justiça comum, e os princípios que são essenciais à segunda, e lhe dão validade, hão por igual de reger a primeira, que ambas são títulos executivos e ambas ensejam o processo executório previsto nos artigos 566 e seguintes do Código de Processo Civil. O Projeto falhou, no meu entender, ao repetir a mesma fantasia que está no Código de Processo Civil — a de permitir que a arbitragem, a critério das partes, possa ser de direito ou de equidade (Projeto, art. 2.º; Código de Processo Civil vigente, art. 1.075, IV; Código de Processo Civil de 1939, art. 1.045, IV). O legislador brasileiro sempre teve o vezo de repetir certas antiquilhas, reproduzindo-as apenas porque leis anteriores as acolheram, sem mesmo procurar a razão pela qual certos princípios se intrometeram no direito brasileiro, ali permanecendo por tanto tempo.

Esse é o caso típico da equidade, noção difusa, nebulosa, vazia de objetividade, e ao propósito da qual já se entrecrocaram um sem-número de doutrinas imaginadas por pensadores os mais diversos, entre os muitos que labutam no campo da filosofia do direito. Para que a lei pudesse autorizar o julgamento por equidade, ou de equidade, como quer o Projeto, seria indispensável que a palavra tivesse um significado preciso, um só alcance, uma abrangência única, e que não suscitasse interpretações descontraídas, variadas, conflitantes mesmo, e pelo subjetivismo incontrolado, e pelo arbítrio — não viesse a gerar sentenças desconcertantes ou estapafúrdias. Afinal de contas, o que vem a ser um julgamento por equidade? Embora o Projeto não esclareça o alcance da expressão, a explicação está na lei vigente (CPC, art. 1.075, IV); é o julgamento fora das regras e formas de direito. Isso equivale a dizer que a sentença arbitral, ainda que a lei não seja omissa, poderá decidir *contra legem*, orientando-se pela reação dos árbitros às suas próprias emoções, aos seus sentimentos mais recônditos, às suas inclinações mais íntimas ou pelo belo, ou pelo justo, ou pelo verdadeiro, ou pelo útil, tudo, enfim, muito vago e muito impreciso. E em que ficamos em relação à segurança de que deve se revestir a sentença arbitral?

Dispõe o artigo 26 do Projeto que são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: (a) o relatório, (b) a fundamentação e (c) o direito em que se lastreou, sendo nula a sentença a que faltar qualquer desses requi-

sitos (art. 32, III). Mas se a arbitragem, à opção das partes, for de equidade, podendo ser processada e julgada "fora das regras e formas de direito", há que se entender que a sentença não vai carecer de fundamentação e nem vai precisar se atrelar a algum dispositivo de lei. Esse é o julgamento por equidade, no seu mais escancarado subjetivismo. Mas sucede que tanto num quanto noutro caso, ou seja, tanto na arbitragem de direito quanto na arbitragem de equidade, a sentença que ali for proferida terá a força de um título executivo judicial, com todas as conseqüências que lhe dá a lei processual. Mas, antes disso, como decidirá o árbitro, nos processos de equidade, em que está desobrigado das regras e formas de direito, os inúmeros incidentes que podem ocorrer no curso da arbitragem? Acresça-se que, segundo o Projeto, *pode ser árbitro qualquer pessoa capaz* (art. 13), e conquanto se lhe exija imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no desempenho da função (art. 13, § 6.º), não se lhe exige a formação jurídica indispensável ao manuseio de uma instrumentação (jurídica) capaz de solucionar os problemas (jurídicos) incidentes.

As arbitragens, de regra, envolvem questões relevantes, de alta complexidade jurídica, e não devem por isso mesmo ser dirigidas por pessoas inabilitadas para o trato de matéria jurídica. Imagine-se que se imponha, no curso de alguma arbitragem, uma medida provisória indispensável ao acautelamento da lide. Se o árbitro estiver dispensado de observar as regras e formas de direito, que não está, de resto, obrigado a conhecer — quais as regras e formas da equidade que o auxiliarão no exercício de suas funções? Se a equidade não tem regras, e nem formas — vocábulo sonoro, no dizer de Correia Teles —, como coibir a prepotência, os abusos, os desmandos e impedir o arbítrio despolicidado? Pois de nada vale dizer-se que os árbitros deverão proceder com *imparcialidade e competência* se não existem regras e formas de cujo descumprimento se irradiem, e se tornem perceptíveis, a parcialidade e a incompetência!

Esse apelo à equidade não é uma inovação do Projeto. O Código Civil, em pelo menos dois dispositivos, permite o julgamento por equidade (arts. 1.040, IV, e 1.456), e o Código de Processo Civil (art. 127) determina que "o juiz só decidirá por equidade nos casos expressos em lei". Esse princípio, com redação mais equívoca, já vem do artigo 144 do CPC de 39, onde se dizia que o juiz, quando autorizado a decidir por equidade, poderia aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador. Essa autorização está, por exemplo, no artigo 16 do Decreto n.º 24.150, de 20-4-34 (renovação de contrato de locação comercial): "o juiz apreciará, para proferir a sentença, os princípios da equidade, tendo sobretudo em vista as circunstâncias especiais de cada caso concreto, para o que poderá conver-

ter o julgamento em diligência a fim de melhor se elucidar". Para o legislador de 1934 a equidade está na apreciação das particularidades de cada caso, das circunstâncias especiais que possam induzir o juiz, em construção puramente metafísica, a julgar segundo suas próprias emoções ou sentimentos, e ainda que essas emoções e esses sentimentos o conduzam à margem da lei, tudo como se a lei já não formulasse, de forma generalizada, como é de sua essência, as circunstâncias que o juiz pode validamente considerar no julgamento do feito ou omitisse as que devem ser levadas em consideração: *ubi lex voluit, dixit; ubi non voluit, non dixit*. Se o legislador pretende realmente reformular toda a sistemática das arbitragens, armando-as de uma instrumentação que lhes dê a serventia desejada e a respeitabilidade que a legislação vigente não lhes pode conferir — deve exigir que o juízo arbitral se faça sob o império da lei, sepultando, de vez, um modelo que não tende senão a desmoralizar a esvaziar tão meritório instituto.

É certo que existem instituições cujas regras facultam o julgamento arbitral por equidade, dos *amiable compositeurs ou aequo et bono*, quando a lei aplicável ao processo assim o autoriza. Essa é a norma do art. 33, 3, do Regulamento da *Inter-American Commercial Arbitration Commission*. De qualquer forma, o que se disse sobre a equidade nas arbitragens nacionais também vale para a equidade nas arbitragens a cargo dessas organizações internacionais, que têm as suas próprias regras procedimentais e por isso mesmo sentem-se muito mais à vontade para compor a lide fora das regras e formas de direito. A Câmara de Comércio Internacional, cujas regras não têm a mesma complacência das adotadas pela *Inter-American Commercial Arbitration Commission*, ao julgar um caso sob nosso patrocínio, decidiu, por equidade (não expressamente declarada), que todas as custas e despesas do processo, que eram elevadíssimas, e os honorários advocatícios, deveriam ser repartidos entre os litigantes — isso não obstante a sentença arbitral ter desacolhido integralmente a pretensão de uma das partes. Nesse caso, e sob inspiração de uma equidade que a sentença não explicou, negou-se aplicação ao Código de Processo Civil da França, que as partes elegeram para a regência do litígio e que impõe ao litigante vencido as custas e despesas do processo. Esse é um dos muitos absurdos que podem resultar dos sentimentos e dos impulsos de equidade.

Existem outros dispositivos do Projeto que devem ser corrigidos. É o caso do § 2.º do art. 2.º, que permite às partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito. O artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, é certo, autoriza o juiz, em caso de omissão da lei, a decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Não vejo nenhuma razão para que um

juiz, embora não togado, *mas com poderes para emitir um título judicial executivo*, seja autorizado a decidir, ainda que a lei não seja omissa, com base na analogia e nos princípios gerais de direito. Compreende-se que, silente a lei, possa o juiz, togado ou não, valer-se dos recursos da analogia. Mas não se compreende que um juiz, qualquer que seja, possa julgar de acordo com princípios que ele não conhece e nunca lhe foram explicitados. A questão se agrava na hipótese do juízo arbitral, em que os tais princípios gerais de direito são aplicáveis por convenção das partes e ainda que a lei não seja omissa quanto à matéria do litígio. É preciso considerar que a sentença arbitral, ainda que emanada de uma autoridade não judiciária, deve responder aos mesmos requisitos de uma sentença da justiça comum, entre eles, em primeiríssimo plano, o de sua fundamentação. Valem, aqui, os reparos que fiz a respeito da equidade: como fundamentar uma sentença cujo lastro, todo ele subjetivo, e variável, por isso mesmo, é composto de uma massa nebulosa e indeterminada? Uma sentença calcada em princípios gerais que não estão na lei é uma sentença *extra legem* ou *contra legem* e não pode valer apenas porque decorre de uma opção dos litigantes. Prevalece, à cavaleiro dessa opção, o interesse público pela segurança do julgado, que tem a força de um título executivo e pode interferir com interesses de pessoas que não participaram da relação processual e que não devem ficar sujeitos aos efeitos de uma opção temerária.

A menção aos tais princípios gerais de direito não tem qualquer sentido prático e vale apenas como deferência a uma velha quimera que até hoje ainda ninguém soube explicar, e que assume os foros de um axioma apenas pela freqüência com que vem sendo há muito tempo apreendida. Quais são esses princípios, que não estão na lei mas que podem ser aplicados se as partes assim convencionarem? Eu penso que esses princípios gerais, ou são de direito, e hão de estar na lei, ou não estão na lei, não são, portanto, princípios de direito, e não podem ser aplicados. A lógica elementar nos ensina que uma coisa não pode *ser* e *não ser* ao mesmo tempo. Imagine-se o perfil caótico de uma arbitragem cujo julgamento, à opção das partes, devesse obedecer aos princípios gerais de direito: dependendo das preferências filosóficas do árbitro a sentença pode muito bem se inclinar na direção da ética, da moral, do justo, da equidade, ou se envolver nas elucubrações do direito natural — tudo como se não houvesse lei adequada à regência do litígio.

O Projeto também não foi feliz no que toca à regulamentação da escolha dos árbitros (arts. 13 e segs.) Se se pretende dar ao juízo arbitral uma celeridade que o torne mais atraente, e essa finalidade parece res-

saltar da norma que consagrou a irrecorribilidade da sentença arbitral e a dispensa de sua homologação pelo Poder Judiciário, então não há porque deferir-se ao Poder Judiciário a competência para a indicação de um terceiro árbitro em caso de divergência quanto à escolha do desempatador. Embora essa indicação deva ser feita segundo o rito previsto para a execução da cláusula compromissória, o Projeto não vai impedir o atravessamento de medidas judiciais protelatórias e o retardo na instauração da arbitragem. Acredito de melhor conveniência a adoção de um sistema que não envolva o Poder Judiciário na questão da nomeação desse terceiro árbitro, que deve ser pessoa inteiramente desvinculada da magistratura, tudo por forma a que se evite o comportamento condenável de certos juízes que costumam indicar seus peritos em razão da amizade que os vincula. O terceiro árbitro, em caso de dissidência, deverá ser indicado, por sorteio, dentre uma lista de seis nomes, sigilosamente organizada pelo Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, que terá a responsabilidade, que não carece, por razões óbvias, vir ressaltada na lei, de integrar a relação com pessoas de reputação ilibada e elevado saber jurídico.

O árbitro não deve ser apenas uma pessoa capaz, na acepção que lhe dá o Código Civil, e que tenha a confiança das partes. Para participar de uma arbitragem, e proferir sentença irrecorrível, que não carece de homologação pelo Poder Judiciário, o árbitro terá de ser alguém com formação jurídica elevadíssima, excelente renome e vasta experiência, que são os predicados que condicionam o exercício independente, imparcial e competente de uma função estritamente jurídica, e que será sempre jurídica seja qual for a matéria submetida a julgamento. Uma pessoa leiga, ainda que respeitável, e renomada, não tem a aptidão indispensável à condução de um processo arbitral, e à solução de seus inúmeros incidentes.

Em conclusão, entendo que a iniciativa do eminente Senador Marco Maciel deverá ser prestigiada, inclusive e principalmente pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e pelos ilustres profissionais que ali têm assento. Entre alguns reparos de maior monta, estou em que deve ser suprimida do texto a permissibilidade do julgamento por equidade ou segundo os princípios gerais de direito. Demais disso a nova lei deverá exigir, como condição da ação arbitral, o compromisso das partes quanto à via escolhida e o acordo quanto às regras da arbitragem, inclusive quanto às que digam respeito à designação dos árbitros, que terão de ser profissionais da advocacia, com larga experiência e elevado saber jurídico. A utilidade do instituto está condicionada à soberania que a lei souber lhe dar; a sua credibilidade, à celeridade e à segurança dos julgados.

Os Bancos Múltiplos e o Direito de Recesso

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do conceito de objeto social. 3. Da identidade do setor de atividades entre Banco Comercial e as demais entidades do Sistema Financeiro e da política de formação dos conglomerados financeiros. 4. Conclusões.

1. *Introdução*

Com a generalização dos Bancos Múltiplos, que passaram a ser constituídos, nos últimos anos, em substituição aos conglomerados financeiros, nos quais cada entidade mantinha a sua personalidade jurídica própria, transformando-se as antigas unidades personalizadas em verdadeiras carteiras, surgiu a discussão quanto aos efeitos jurídicos da incorporação das empresas controladas, inclusive no tocante ao recesso.

Cabe, inicialmente, lembrar que na realidade tanto a entidade incorporadora como a incorporada tem a mesma atividade, desenvolvendo atuação bancária, em nível geral ou mais especializado, de tal modo que normalmente a formação do Banco Múltiplo ou a agregação ao mesmo de mais uma entidade não exige mudança estatutária.

De fato, na maioria dos casos, o estatuto do Banco Múltiplo define o objetivo da sociedade como abrangendo a realização de operações bancárias em geral

Por sua vez, as entidades incorporadas são Bancos de Investimentos, Bancos de Desenvolvimento, Sociedades de Crédito Imobiliário e Socieda-

des de Crédito, Financiamento e Investimento, cujo objetivo social consiste em efetuar operações bancárias especializadas num setor específico.

Uma questão suscitada com freqüência consiste em saber se, considerando a atividade do Banco Comercial, (geralmente o incorporador) e que continuará normalmente a ser a mesma, pois não há razão para modificar o seu estatuto a incorporação de outra entidade do sistema financeiro enseja alguma modificação ou afeta, de qualquer modo, o seu objeto social para criar o recesso.

A matéria discutida abrange pois a análise e interpretação dos arts. 2.º, §§ 2.º e 3.º, 136 e 137 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404 de 15-12-1976), que estabelecem respectivamente que:

“Art. 2.º — Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

.....

§ 2.º — O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo,

§ 3.º — A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não previsto no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.”

* . * . *

“Art. 136 — É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior *quorum* não for exigido pelo estatuto da companhia fechada, para deliberação sobre:

I —

II —

III —

IV —

V — mudança do objeto da companhia.”

* . * . *

“Art. 167 — (com a redação que lhe deu o art. 1.º da Lei n.º 7.958, de 20-12-1989):

A aprovação das matérias previstas nos incisos, I, II, IV, V e VII, do artigo 136, desta Lei, dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas

ações (artigo 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da ata da assembléia geral.”

Examinaremos, inicialmente, o sentido das normas existentes na matéria, para, em seguida, verificar o modo pelo qual são aplicáveis ao caso.

2. *Do conceito de objeto social*

Como vimos, o art. 2.º, parágrafo 2.º, da Lei das Sociedades Anônimas esclarece que o estatuto deve definir o objeto social, de modo preciso e completo, e a Exposição de Motivos do texto legislativo salientou que tal determinação “constitui providência fundamental para a defesa da minoria, pois limita a área de discricionariedade de administradores e acionistas majoritários e possibilita a caracterização de modalidade de abuso de poder”.

A doutrina, por sua vez, salienta que o objeto da entidade é a sua atividade essencial, a base da estrutura da sociedade comercial, sobre a qual se edifica todo o seu arcabouço¹. Conseqüentemente, a enumeração das atividades, que consta do estatuto, não deve ser considerada exemplificativa, sendo, ao contrário, taxativa ou exaustiva, e não se devendo admitir, em nossa legislação, com a mesma amplitude do direito americano, os poderes implícitos que autorizariam a empresa a praticar todos os atos complementares necessários ou úteis ao seu bom desenvolvimento. Ao contrário, o desvio de atividade pode implicar em nulidade dos atos praticados e responsabilidade decorrente.

A doutrina reconhece que é cabível a transposição, para o direito brasileiro, da teoria dos chamados atos *ultra vires*, com as restrições que se impõem, devendo ser aplicada, não somente aos administradores, que ultrapassam os seus poderes, como, ainda, às atividades realizadas pela empresa em desobediência aos seus estatutos.

Tendo as suas origens no *Joint Stock Companies ACT* de 1844, e na jurisprudência inglesa da Câmara dos Lords, a teoria dos atos *ultra vires* significa que, definidos nos estatutos “o âmbito e extensão das operações e poderes da sociedade, nada se pode fazer além desses limites” sob pena de nulidade².

Essa primeira posição radical do direito em relação às atividades sociais foi, aos poucos, sendo abandonada, no próprio direito anglo-americano, em virtude da construção jurisprudencial e doutrinária de acordo com a qual

1 RUBENS REQUIAO, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, coordenados por ARNOLDO WALD, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. I, p. 22 e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Sobre a Interpretação do Objeto Social*, artigo publicado na RDM, pp. 54/67.

2 RUBENS REQUIAO, ob. cit., nº 4, p. 22 e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Saraiva, 1977, 1º vol., p. 12.

se incluíam no objeto da sociedade os poderes implícitos, conexos ou auxiliares (*implied in, or auxiliary to the original grant*), inspirando-se até, no particular, o Direito Comercial nas construções do Direito Constitucional.

Efetivamente, na fase inicial das sociedades anônimas, na época em que eram autorizadas a funcionar, por decisões governamentais, justificava-se considerá-las como tendo uma capacidade limitada pelo objeto inicialmente fixado no ato de constituição (*object-clause*) pois entendia-se que o Estado concedia, artificialmente, a personalidade jurídica à sociedade, tão-somente para determinados fins. Já atualmente, a fundamentação da cláusula *ultra vires* sofreu uma modificação substancial, pois pretende assegurar uma outra finalidade, que é a proteção da minoria e dos terceiros de boa-fé, que lidam com a empresa e que têm direito à manutenção das "regras do jogo" fixadas no estatuto.

Verificou-se, assim, um certo declínio do rigor inicial, que tinha o princípio *ultra vires*, em virtude da necessidade de desenvolvimento das empresas, cuja atuação não podia sofrer obstáculos burocráticos, especialmente nos casos em que não ocorressem prejuízos de terceiros. Não somente entenderam os tribunais, na própria Inglaterra, que a norma devia ser interpretada razoavelmente, considerando que o principal devia incluir o acessório, como ainda se nota uma menor rigidez na sua aplicação, como bem salienta ANDRÉ TUNC, na sua monografia sobre as *corporations* no direito britânico³

Efetivamente, os comercialistas ingleses, como L.C.B. GOWER, salientam que, se a regra teve intenções salutares, nem sempre os seus resultados corresponderam às esperanças nela depositadas, considerando que todas as sociedades necessitam ampliar o campo das suas atividades, diversificá-las e transformá-las⁴.

A atual tendência que encontramos no direito comparado é, aliás, no sentido de estabelecer um justo equilíbrio entre as exigências de desenvolvimento da empresa e o resguardo das finalidades sociais, que justificaram a subscrição ou aquisição das ações, defendendo-se os interesses sociais, sem todavia prejudicar os direitos do acionista, inclusive minoritário, mediante normas que organizem um verdadeiro sistema de freios e contrapesos, que deve funcionar na moderna sociedade anônima.

A evolução do direito brasileiro se realizou *a grosso modo*, no mesmo sentido, embora a regra *ultra vires* no tocante às atividades sociais não tivesse sido adequadamente enfatizada, nem analisada com a devida profundidade, conquanto fosse ela aplicada aos atos dos administradores.

3 *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, Dalloz, 1971, n° 32, pp. 83 e ss.

4 L. C. B. GOWER, *The principles of modern company law*, 3ª ed., 1969, p. 87.

Numa primeira fase, os comercialistas liderados por CARVALHO DE MENDONÇA, interpretaram a legislação do fim do século passado (Decreto n.º 434, de 4-7-1891), no sentido de considerar inalterável o objeto social, embora admitindo ampliação ou redução do mesmo⁵.

Essa posição radical foi todavia rapidamente superada, passando a legislação a admitir a modificação do objeto social por decisão majoritária, garantido o direito de retirada do acionista dissidente, mediante o reembolso de suas ações, na forma legalmente estabelecida, em virtude de reclamação a ser apresentada à sociedade nos trinta dias seguintes à publicação da ata da assembléia que modificou os estatutos.

Considera-se, pois, o recesso como um instrumento de proteção da minoria contra a decisão majoritária que modifica a base da estrutura societária. Entende-se, assim, que o poder da maioria para modificar o objeto social é discricionário, mas implica em garantia do direito de recesso, constituindo este uma sanção decorrente da alteração das regras do jogo.

Tendo surgido, na prática anglo-americana e, em seguida, no Código Comercial italiano de 1882, o direito de recesso passou a ser consagrado, em dimensões mais ou menos amplas, por várias legislações, tanto no direito anglo-americano, como nas legislações inspiradas no direito romano. Sob as variadas denominações de *right to dissent*, *right to appraisal*, *alternative remedy to winding up in cases of oppression*, o direito ao recesso ou *separação* do acionista foi adotado nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Itália e na Espanha, enquanto não o admitiram, na sua legislação atualmente vigente, nem a França nem a Alemanha.

Reminiscência da ultrapassada concepção contratualista da sociedade anônima, vislumbrou-se no direito de recesso um aspecto da rescisão unilateral ou denúncia, entendida como forma de rescisão parcial do contrato de sociedade, justificada pela modificação das cláusulas essenciais, que levaram o acionista a subscrever ou adquirir as suas ações. Chegou até a ser concebida como uma consagração legal, no campo societário, da cláusula *rebus sic stantibus* ou da *teoria da pressuposição*, ambas invocadas na área contratual.

É, pois, um modo de conciliar a preponderância da vontade da maioria e os legítimos interesses da minoria quando, discordando de uma modificação substancial da estrutura societária, contra ela se tenha manifestado no prazo legal. É um remédio excepcional de proteção aos não controladores contra o ato voluntário da maioria, que pode ser considerado abusivo, pelo fato de alterar as regras básicas, que ensejaram a criação

5 J. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio, 1914, vol. III, n.º 886, p. 303.

da empresa. A idéia de abuso e até de opressão da maioria, à qual se refere o direito inglês, faz parte das condições necessárias para o exercício de recesso, que não se justifica diante da evolução normal da atividade societária, que se modifica, em virtude das condições externas, de ato do príncipe ou até de fatores tecnológicos.

A natureza excepcional do direito de recesso tem sido salientada pela doutrina, que não admite a extensão das hipóteses em que o mesmo é considerado cabível. Neste sentido, esclarece o Prof. SAMPAIO DE LACERDA, que:

“Portanto, o direito de recesso deve ser reduzido aos casos em que é absolutamente necessário por colocar em risco a sobrevivência da companhia, da qual o acionista pode sempre como dissemos, e a qualquer tempo, retirar-se pela alienação de suas ações”⁶.

Sabidamente, a mudança do objeto da companhia constitui motivo para que o acionista dissidente exerça o direito de retirada, mediante o reembolso do valor de suas ações, segundo deixa claro o art. 137 c/c art. 136, V, da Lei n.º 6.404, de 16-12-1976. São notórias, no entanto, as dificuldades em se determinar o que, com precisão, constitui alteração ou mudança do objeto social, hesitando a doutrina em considerar como tal a mera restrição ou a simples ampliação do mesmo. Tais hipóteses, segundo GARRIGUES e URÍA não ensejam o recesso⁷.

Por sua vez, o Professor da Universidade de Barcelona, ANGEL VELASCO ALONSO, em monografia sobre o tema, bem coloca o problema ao afirmar:

“Nosotros opinamos que formar criterio antecipadamente acerca de los que deba entenderse por cambio de objeto ofrece graves inconvenientes, ya que resulta muy difícil, sino imposible, formular un concepto general en el que se recojan todos los supuestos de cambio de objeto susceptibles de plantearse en la practica de las empresas. Por ello, coincidimos con Garrigues y Motos en que el problema habrá de ser analizado y resuelto caso por caso”⁸.

6 J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, coordenados por ARNOLDO WALD, t. III, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 130.

7 *Comentario da la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Aguirre, 1976, t. II, p. 263.

8 *El Derecho de Separación del Accionista*, Editoriales de Derecho Reunidos, Madrid, 1976, p. 112.

O mesmo autor faz a distinção entre a alteração formal do objeto social, quando ocorre modificação estatutária neste sentido, e a alteração de fato, quando a empresa passa a realizar atividades não previstas no seu estatuto⁹.

É preciso ponderar que, tanto no direito brasileiro, como no estrangeiro, o caráter excepcional do recesso exige que haja *mudança* do objeto (*cambio*, em espanhol, e *cambiamento*, em italiano) e não apenas especificação ou desdobramento do mesmo, tanto assim que algumas legislações, inclusive a nossa, na vigência do Decreto-Lei n.º 2.627, exigiam — ou exigem — que a mudança seja em relação ao objeto principal ou essencial. (Artigos 105 e 107 do mencionado diploma legal.)

A doutrina faz, assim, a distinção entre as simples alterações, retoques, desdobramentos ou complementações do objeto social, nos quais não há mudança do setor de atividade e que são, muitas vezes, decorrentes de obrigações legais ou de transformações tecnológicas, e a mudança de objeto, que se caracteriza pela diversidade da atividade, pelo seu caráter voluntário e pela alteração das eventuais expectativas do acionista minoritário.

Chega-se, assim, à conclusão que, basicamente, é preciso, para justificar o recesso, não só a modificação da redação da cláusula que se refere ao objeto social, mas também que a nova redação importe na criação de uma atividade nova ou na extinção de atividade existente, de acordo com os termos previamente fixados no estatuto social.

Por outro lado, a doutrina também faz a distinção entre a modificação qualitativa e a quantitativa, para só admitir o recesso no primeiro caso. Não é a modificação da dimensão ou da densidade da atividade realizada que pode constituir uma mudança do objeto social, mas a sua substituição por outra. Neste sentido, ensina PONTES DE MIRANDA que:

“mudança é mais do que alteração, não é alteração; altera-se o ato constitutivo e muda-se o objeto essencial”¹⁰.

As dificuldades surgidas na prática ensejaram os seguintes comentários do Professor GIANCARLO FRÈ, da Universidade de Perugia:

“La difficoltà maggiore a cui dà luogo questa soluzione consiste soprattutto nello stabilire quando si abbia cambiamento dell'oggetto sociale. La espressione usata dalla legge si presta infatti a una interpretazione più o meno rigorosa, se pure, dal punto di vista letterale, non possa non riconoscersi che *cambiamento sig-*

9 A. VELASCO, obra citada, p. 112.

10 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. I tomo L, p. 337, § 5.327.2.

nifica qualche cosa di più di modificazione e che deve perciò trattarsi di una deliberazione in seguito alla quale l'oggetto sociale risulti così diverso da quello che era originariamente da potersi affermare che esso è cambiato. Ma è fuori question che cambiamento si ha non soltanto quando venga radicalmente mutato l'oggetto della società — e il caso è, del resto, assai raro — ma anche quando esso venga esteso o limitato in tale misura da risultare nel suo complesso diverso. La questione è poi tanto più complicata per la prudente sovrabbondanza di espressioni che si usano nella pratica per indicare l'oggetto della società. E infatti assai raro il caso in cui nell'indicazione dell'oggetto di una società costituita per l'esercizio di un'attività industriale non si aggiunga, ad es., che essa può inoltre compiere tutte le operazioni finanziarie e commerciali comunque interessanti l'attività stessa. Ora, se, nel corso della vita di una tale società, l'assemblea ritenesse opportuno limitare le operazioni finanziarie che da essa possono essere compiute a quelle strettamente occorrenti per il conseguimento dell'oggetto sociale, non si potrà dire certamente che si determini in tal modo un cambiamento dell'oggetto sociale che giustifichi l'esercizio del diritto di recesso"¹¹.

Também deve ser ponderada a especificidade da situação das grandes empresas abertas, nas quais o direito de recesso deve ser interpretado ainda mais restritivamente, no entender da doutrina, para atender ao interesse social e não sacrificá-lo aos eventuais caprichos de alguns acionistas, que não devem poder impedir o desenvolvimento da sociedade.

Inspirando-se na teoria da função social da empresa e da necessidade de defender o empreendimento em si (*Unternehmen an sich*) ou seja, no fundo, a empresa, conforme teoria alemã atribuída a WALTER RATHE-NAU, mas que se coaduna com a concepção mais moderna da sociedade anônima, ARIEL ANGEL DASSO escreveu, em monografia sobre o tema, que:

“Se sostiene que la gran empresa (o nueva realidad), determina la necesidad de una moderna teoría de la sociedad anónima, lo cual sirve de origen a la posibilidad del logro de los amplios objetivos que tiene ese tipo social para bien de la comunidad, poniéndola a cubierto de los intereses de los pequeños accionistas, que constituyen el grand obstáculo, no percibido aun por los juristas, que atienden en materia de sociedades anónimas en forma casi exclusiva o al menos totalmente preferente, a la defensa de las minorías cuando lo que debe preocupar es defender a la comunidad en bien de la cual está pensada: defender a la socie-

11 GIANCARLO FRÉ, *Società per azioni*, 5ª edição, Roma/Bolonha, 1982, p. 758.

dad anónima de los pequeños accionistas que traban su desarrollo y obstaculizan sus fines.

Dentro de esta orientación se postula el sometimiento del interés individual (limitado a los beneficios inmediatos) al interés general (con el fortalecimiento de la empresa) porque ésta implica "un interés propio" (an sich) distinto del de los socios al que éstos deben someterse, pues la subordinación de sus intereses al de la empresa determina, respecto de aquellos una obligación de fidelidad. La organización de una administración estable, independientemente de la mayorías asambleas (por su misma naturaleza cambiante) contribuirá a la finalidad perseguida para lo cual se aconsejan las acciones de voto plural, el voto reservado a ciertas categorías de acciones, la autofinanciación, etc. "La empresa debe ser defendida contra su propietarios en razón de tratarse de un valor jurídico autónomo merecedor de protección", tal el slogan de los teóricos auspiciadores de esta doctrina de *Unternehmen an sich*"¹².

Por outro lado, a Lei das Sociedades Anônimas, que institucionalizou a figura do acionista-controlador, erigindo-a à condição de categoria jurídico-formal, definiu, como abuso do poder de controle, qualquer procedimento do acionista-controlador destinado a orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional (Lei citada, art. 117, parágrafo 1.º, alínea a). Ainda, cabe lembrar que, em circunstâncias especialíssimas, o diploma legal que rege as sociedades por ações assegura aos acionistas dissidentes o direito de retirada, na hipótese de compra, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil, desde que, para tanto, concorram os requisitos enumerados no art. 256.

Em todas essas disposições legais fica evidenciado o propósito do legislador de 1976 de assegurar, às minorias acionárias, o amparo que merecem, o que constitui, indubitavelmente, pedra de toque da nova lei do acionariado¹³.

Por mais, no entanto, que se reconheça as altas finalidades de semelhante proteção, ninguém pode, em sã consciência, colocar em dúvida o pressuposto básico da sociedade anônima, e especialmente da companhia aberta, como sociedade de capitais, que reside especificamente na afirmação constante e imprescindível do princípio majoritário, que inspira a

12 ARIEL ANGEL DASSO, *El derecho de separación o receso del acionista*, Buenos Aires, Editora La Ley, 1981, p. 127.

13 EGBERTO LACERDA TELXEIRA e J. A. TAVARES GUERREIRO, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, José Butshatsky Editor, 1979, pp. 1/10.

vida e o desenvolvimento das companhias. Como acentuou DOMINIQUE SCHMIDT:

“La loi de la majorité est d'une nécessité impérieuse, inéluctable, dans la grande société anonyme, pour la réalisation même de son but”¹⁴.

No regime da lei brasileira, o princípio majoritário, em sua formulação positiva, se expressa no poder de controle, e este se exerce de forma concreta no seio da Assembléia-Geral, a qual representa o órgão social supremo, de características soberanas. Efetivamente, a alínea *a* do art. 116, da Lei n.º 6.404, localizada na Assembléia-Geral o domínio de atuação do poder de controle. E o art. 121, da mesma lei, declara expressamente que ela tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Nesse contexto, há que se colocar em harmonia a atuação do princípio majoritário, que governa a Assembléia-Geral e, por conseguinte, a própria vida da companhia, e os direitos dos acionistas. A alteração do objeto social — frize-se desde logo — não pode ser considerada, no caso, como modalidade de exercício abusivo do controle societário.

Ora, o estatuto, como o contrato e a lei, na medida em que revele uma manifestação de vontade, há de ser interpretado em sentido sistemático, integrando-se no processo hermenêutico todos os elementos que conduzam a um resultado congruente e harmônico. Cabe conjugar o preceito estatutário que define o objeto social, em sua configuração destinada a amparar a exploração da atividade bancária, com a norma do estatuto vigente. Em suma, as modificações estatutárias, na medida em que representam medidas necessárias ou até indispensáveis ao prosseguimento das atividades sociais de companhia de duração por prazo indeterminado, não pode ensejar a retirada de acionistas dissidentes, porquanto se fundamentam em imperativos alheios à vontade social, tratando-se de modificação necessária e até mesmo inevitável.

A preservação da sociedade, afigura-se, pois, imperativa, devendo a companhia realizar odas as atividades previstas no seu estatuto, com o *animus lucrum faciendi* inerente à sua condição de pessoa jurídica mercantil.

Em sua excelente tese de concurso à cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, o Prof. RUBENS

¹⁴ DOMINIQUE SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, Strey, 1970, p. 32.

REQUIÃO assinala, com absoluta pertinência, a importância crescente do princípio da preservação das sociedades mercantis:

"... sendo a sociedade e sua empresa um repositório de interesses privados e gerais, com alta e relevante função social"¹⁵.

Cita o emérito comercialista paranaense, logo a seguir, decisão do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, segundo o qual

"o critério tendente a assegurar a continuidade do estabelecimento mercantil é o que está prevalecendo no direito moderno".

A moderna feição institucional da sociedade anônima, inspirada na doutrina francesa, sobretudo de HAURIOU, mais reforça o valor jurídico da preservação da empresa. Reflexo dessa vertente doutrinária, hoje dominante, se encontra na lei acionária brasileira, que atribui à companhia inquestionável função social (art. 116, parágrafo único). Já por aí se pode concluir que incorre, na alteração estatutária, qualquer resquício de abuso de poder de controle, quando este poder se exerce, no sentido do interesse comum, promovendo a alteração ou especificação necessária do objeto da companhia, para que esta se possa preservar e desenvolver.

Se é parca a jurisprudência existente na matéria, no direito brasileiro, há todavia importantes subsídios de caráter administrativo, nas decisões da Comissão de Valores Mobiliários, que considerou que constitui alteração do objeto social a venda de todos os ativos operacionais (CVM, Pareceres n.º 86/79 e 88/82) e que a eventual conexão de alguns elementos das atividades de ambas as companhias não é suficiente para descaracterizar a diversidade existente entre elas. Assim, tendo sido alterado o objeto social, da produção de tratores para a de veículos automotores, concluiu a CVM que havia mudança de atividade, pois a expansão decidida não era complementar da atividade já existente. (Parecer n.º 10/83.)

Ao contrário, no caso dos Bancos Múltiplos, decidiu expressamente a CVM, respondendo a consulta do BCN, que considerava não haver mudança de objeto social em virtude da incorporação de outras entidades do sistema financeiro pelo Banco Comercial, em decisão que transcreveremos e analisaremos em seguida.

3. *Da identidade do setor de atividades entre Banco Comercial e as demais entidades do sistema financeiro e da política de formação dos conglomerados financeiros*

O objeto social do Banco Comercial abrange, como vimos, as operações bancárias em geral, entre as quais se incluem, sem qualquer dúvida,

¹⁵ RUBENS REQUIÃO, *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1969, p. 191.

as realizadas pelos Bancos de investimentos e de desenvolvimento e das sociedades de crédito imobiliário e de crédito, financiamento e investimento.

Assim sendo, a incorporação, de que trata o presente estudo, não exige modificação estatutária do Banco Incorporador, o que, por si só, exclui a dissidência, e o recesso, pois é entendimento manso e pacífico que, na legislação brasileira, a dissidência só é admissível na hipótese de decisão da Assembléia-Geral, quando a mesma se refere a determinados assuntos, entre os quais a mudança de objeto social da companhia. É o que determina expressamente a lei, não havendo dúvida na matéria, nem na jurisprudência, nem na doutrina. Sem mudança estatutária, não há, nem pode haver, justificativa para o recesso.

Acresce que, há mais de vinte anos, estabeleceu-se no Brasil a política dos conglomerados financeiros, superando-se a fase da especialização de instituições financeiras isoladas com campo próprio e limitado de atuação, que surgira, nos Estados Unidos, com o *Glass-Steagall Act*, de 1933, e fora consagrada, no direito brasileiro, com as Leis n.ºs 4.595 e 4.728 e a regulamentação da época. Esta orientação, já hoje, mesmo na América do Norte, sofreu uma série de atenuações, na sua aplicação, em virtude de decisões de caráter administrativo, além de ser objeto de projeto de lei, que a modifica, ao reformar todo o sistema bancário norte-americano. O mesmo está ocorrendo no Brasil, até com maior rapidez.

Na realidade, a tendência moderna é no sentido de reaproximar os Bancos comerciais dos Bancos de investimentos (*investment bank*) ou de negócios (*banque d'affaires*), com a formação dos conglomerados financeiros, que atuam, tanto no mercado financeiro como no mercado de capitais, constituindo verdadeiros *Money Bazaars*¹⁵.

Em todos os países, cogita-se, atualmente, de uma revolução no campo bancário, mediante maior concentração e especialização¹⁷, a fim de reduzir custos e riscos em decorrência da evolução econômico-financeira e tecnológica que afetou o mundo inteiro¹⁸.

16 MARTIN MAYER, *The Money Bazaars — Understating the banking Revolution around us*, N. York, edição de E. O. Dutton Inc., 1984, livro no qual o autor entende que o Banco tradicional morreu e está sendo substituído pelos supermercados financeiros, que ele chama *Money Bazaars*.

17 ELBERT V. HOWDEN e JUDITH HOLBERT, *Revolution in Banking*, 2ª edição, Reston, Reston Publishing Cy, 1984. No mesmo sentido HERVÉ DE CARMOY, *Stratégie Bancaire*, Paris, PUF editor, 1988.

18 LOWELL L. BRYAN, *Breaking up the Bank: Rethinking and Industry under Siege*, Homewood, Dow Jones-Irwin editor, 1988 e GEORGES J. BENSTON e outros, *Perspectives on Safe & Sound Banking — past, present and future*, estudo patrocinado pela Associação dos Bancos dos Estados Unidos, publicação do MIT, Cambridge, 1988.

Fortaleceu-se, assim, a tendência de constituir ou, até, de restabelecer os chamados *Bancos Universais*, nos quais estão presentes todas as áreas de crédito, superando-se a fase da existência de instituições especializadas com vida autônoma, que passaram a constituir simples departamentos ou carteiras¹⁹.

No Brasil, desde o início da década de 1970, a regulamentação do Banco Central admitiu expressamente a formação de conglomerados financeiros, mediante um sistema de "interligações sucessivas num conjunto de instituições financeiras que integram um mesmo grupo econômico"²⁰.

Na realidade tanto a *holding* (geral e preferencialmente o Banco Comercial) como as empresas subsidiárias exerciam, no caso, a atividade financeira definida pela Lei n.º 4.595²¹. O Banco Comercial realizava, então, o seu objeto social, em parte, diretamente e, em parte, por intermédio de empresas financeiras sob seu controle, conforme admitia e continua admitindo expressamente a legislação societária²².

Em 1988, houve uma mudança de política bancária, que permitiu a formação dos Bancos Múltiplos, reunindo, numa instituição única, com personalidade jurídica própria, as diversas entidades que atuavam no setor, ou seja os Bancos Comerciais, de investimento, de desenvolvimento, as financeiras e as empresas de crédito imobiliário²³.

Efetivamente, pela Resolução n.º 1.524, de 21-9-1988, foi facultada a formação dos Bancos Múltiplos nos seguintes termos:

"O Banco Central do Brasil, na forma do artigo 9.º da Lei n.º 4.595, de 31-12-64, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada nesta data, tendo em vista o disposto no artigo 4.º, inciso VIII, da mencionada Lei,

Resolveu:

f. Facultar aos Bancos comerciais, Bancos de investimento, sociedades de crédito imobiliário e sociedades de crédito, finan-

19 Trata-se de fenômeno que passou a ocorrer em todos os países, com maior ou menor velocidade, e como salienta JEAN MATOUK, *Systèmes financiers français et étrangers*, Paris, Dunod, 1991, vol. 1, pp. 303 e seguintes (a matéria está tratada no capítulo V, denominado "Os Bancos comerciais e universais"). No mesmo sentido o livro escrito por vários autores, sob a coordenação de INGO WALTER, *Deregulating Wall Street Commercial Bank Penetration of the Corporate Securities Market*, N. York, JOHN WILEY & Sons editor, 1985.

20 Circulares do Bacen n.ºs 126, de 20-3-69, e 206, de 1973.

21 Art. 17 da Lei n.º 4.595 de 31-12-1964, e art. 3º da Lei n.º 4.728, de 14-7-65.

22 Art. 2º, § 3º da Lei n.º 6.404.

23 ARNOLDO WALD, *O Banco Múltiplo*, in RDM 64/9.

ciamento e investimento, a organização opcional em uma única instituição financeira, com personalidade jurídica própria, nos termos da legislação em vigor.

11. Estabelecer que a organização das instituições financeiras referidas no item anterior, através de processos de fusão, incorporação, cisão, transformação ou constituição direta, dependa de prévia autorização do Banco Central do Brasil, observado o disposto no Regulamento anexo a esta Resolução."

A matéria foi posteriormente objeto de ampla regulamentação, em virtude do disposto na Resolução n.º 1.649, de 25-10-89, nas Circulares de n.º 1.364, de 4-10-88, 1.394, de 9-12-88, 1.404, de 29-12-88, e 1.459, de 16-3-89, assim como nas Cartas-Circulares de n.º 1.927, de 16-5-89 e 1.952, de 30-6-89, entre outras.

Na realidade a criação das subsidiárias, no momento oportuno, já tinha importado em especificação do objeto social do Banco Comercial (*holding*), que passou a abranger tanto o exercício da atividade da empresa controladora como o de suas controladas pois, como vimos, nos termos do art. 2.º, § 3.º da Lei n.º 6.404, "a participação é facultada como meio de realizar o objeto social".

Por outro lado, mesmo que tal fato não tivesse ocorrido, é evidente que a expressão "efetuar operações bancárias em geral" encontrada na maioria dos estatutos dos Bancos comerciais abrange todas as atividades do setor bancário, inclusive as de Banco de investimento e de sociedades de crédito, financiamento e de crédito imobiliário, que se tornaram da maior relevância nos últimos anos, com o desenvolvimento crescente dos mercados financeiro e de capitais, complementando, assim, a atividade do Banco Comercial.

Não há, pois, dúvida que, na atividade bancária e financeira, se inclui a dos Bancos de investimento e demais entidades do sistema, que geralmente já constituía o objeto social do Banco incorporador, a partir do momento da criação das suas empresas controladas.

Acresce que a decisão da Assembléia-Geral que decide a incorporação, evidentemente, não constitui, abuso de maioria, não sendo arbitrária ou caprichosa pois, na realidade, a integração do Banco de Investimento e demais sociedades de crédito no Banco Comercial tornou-se imperativo, em virtude da nova legislação que facultou a formação dos Bancos Múltiplos e cujas vantagens devem ser aproveitadas, até para manter a competitividade da instituição financeira, num mercado cada vez mais agressivo.

Embora a regulamentação do Banco Central, na matéria, tivesse sido, no plano jurídico, de caráter permissivo e incentivador da incorporação ou

fusão das instituições financeiras especializadas de um mesmo conglomerado, a formação do Banco Múltiplo, com a incorporação das controladas, tornou-se atualmente uma necessidade de um verdadeiro imperativo no plano econômico e organizacional.

Há, assim, mais um argumento no sentido de descaber a dissidência, pelo fato de não se tratar, no fundo, de uma decisão livre da maioria dos acionistas, de acordo com critérios de política empresarial, mas sim da adaptação do conglomerado financeiro a uma nova regulamentação que, criando vantagens para o sistema, não pode deixar de ser aproveitada, sob pena, até, de eventual responsabilidade por omissão dos administradores e da maioria dos acionistas, ou seja, do acionista controlador.

Ora, também se tem entendido que descabem a dissidência e o recesso quando a decisão tomada pela Assembléia-Geral não é voluntária, mas decorre de circunstâncias externas, criando uma verdadeira obrigação legal, econômica ou técnica para a sociedade.

Temos, assim, sustentado que o recesso e a oferta pública não se justificam quando a transformação societária não decorre de uma decisão livre e autônoma dos acionistas, como acontece, por exemplo, quando há mudança de objeto em virtude de término da concessão de sociedade concessionária, ou incorporação em virtude de decisão judicial ou administrativa (do síndico), quando um grupo societário entra em concordata ou falência e há necessidade de uma reorganização para permitir a sua sobrevivência²⁴.

Finalmente, o acionista requerente do recesso não teria como justificar a medida, por não atender ao princípio da preservação da empresa, já aludido. Não seria exagero atribuir-lhe a condição de *improbis litigator*, mais empenhado na satisfação de desejos egoístas que na consecução do objetivo social da empresa. Neste sentido, é preciso que se atenda à advertência de MIRANDA VALVERDE, ao tratar de semelhante demanda:

“O Juiz ou tribunal nunca deverá perder de vista, na apreciação e julgamento de uma ação assim fundamentada, que os interesses coletivos legítimos primam sobre os interesses individuais. A extinção ou a desorganização de uma empresa repercute sempre na vida dos que nela trabalham, e não raro, com maior ou menor intensidade, na economia nacional”²⁵.

24 Existem decisões da CVM neste sentido, embora sem adotar plenamente essa fundamentação. Confira-se, ainda, ARNOLDO WALD, *Término de Concessão e Direito de Recesso*, in RDM 40/29.

25 *Sociedades por Ações*, Vol. III, p. 25.

4. *Conclusões*

Pelo exposto, podemos concluir que o recesso, sendo de natureza excepcional, as normas a ele referentes não admitem interpretação extensiva, nem analógica, não se confundindo a mudança do objeto social, à qual se refere a lei, com alterações secundárias, desdobramentos ou especificações de atividades realizadas no mesmo setor, sem que haja diversificação.

No caso de incorporação de uma entidade do sistema financeira por Banco Múltiplo não há mudança do objeto social, pois:

a) não se impõe alteração dos Estatutos do Banco, no que se refere ao objeto social;

b) se houvesse mudança do mesmo, para especificar a atividade de Banco de investimento ou das sociedades de crédito, assim mesmo, não ocorreria mudança de objeto social, já que:

b.1) a atividade de Banco de investimento e das sociedades de crédito se inclui nas operações financeiras em geral;

b.2) a incorporação de empresa controlada não implica em modificação do objetivo social do controlador, que já exercia, por via indireta, a atividade da companhia incorporada, considerada como integrada no seu objeto social, nos precisos termos do art. 2.º § 3.º da Lei societária;

c) a formação do Banco Múltiplo é faculdade, criada pela Regulação do Banco Central, que corresponde a um imperativo econômico e organizacional, não podendo, em virtude dos princípios que regem a competitividade das instituições financeiras, o Banco comercial deixar de incorporar as suas subsidiárias, obtendo, assim, redução de despesas e maior eficiência operacional;

d) conseqüentemente, não se trata de mera decisão de oportunidade adotada pela Assembléia-Geral, mas de imposição econômica e administrativa, que aliás corresponde a uma tendência do mercado em todos os países, nos quais estão ressurgindo, com novos aspectos, os chamados Bancos Múltiplos ou Bancos Universais, que atuam em todos os setores, como verdadeiros supermercados financeiros;

e) a defesa dos interesses dos minoritários não pode significar uma limitação ao desenvolvimento das instituições das quais participam e um obstáculo à modernização da estrutura dos mesmos, que atende à expectativa de todos os acionistas e aos superiores interesses da sociedade.

O Dano Moral e os Direitos da Criança e do Adolescente

ROBERTO SENISE LISBOA
Promotor de Justiça em São Paulo

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Situação histórica do menor.* 3. *O dano moral e o direito do menor.* 3.1. *O dano e a relação de causalidade.* 3.2. *A inimizabilidade e os direitos da personalidade.* 3.3. *O dano moral e o inimputável.* 4. *Responsabilidade civil por dano moral à criança e ao adolescente.* 4.1. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente.* 4.2. *O dano moral no Estatuto da Criança e do Adolescente.* 5. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. . .”. Normas jurídicas como esta, insculpida no *caput* do artigo 5.º de nossa Constituição, proporcionaram aos Estados Modernos a constituição da doutrina das liberdades públicas, com as decorrências advindas da consagração do princípio da igualdade.

O Direito muito evoluiu para chegar a tal ponto, passando agora a conceber todo homem como sujeito de direito e obrigações, dentro das conformações dispostas por cada ordenamento jurídico.

Assim, entre nos, o Código Civil proclama em seu artigo 2.º que "todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil"; dispondo, ainda, que, independentemente de capacidade, a personalidade civil começa do nascimento com vida, assegurando-se todos os direitos eventualmente existentes em prol do nascituro, desde a concepção (artigo 4.º).

Não olvida o legislador pátrio, pois, a proteção dos interesses do incapaz, o que, aliás, deve ser amparado pelo Estado, bem como pelos responsáveis, dentro dos princípios adotados pela Constituição.

Provê, assim, o Texto Maior, a proteção do índio, destinando as terras por eles tradicionalmente ocupadas como de sua posse permanente, com direito de usufruto exclusivo sobre riquezas naturais nelas existentes; a legitimação processual para defesa de seus interesses, com a intervenção necessária do Ministério Público; a demarcação das terras e tutela por parte da União, tendo em vista tratem-se de bens seus (art. 231 c/c, art. 20, XI, CF); o dever imposto constitucionalmente a todos, a fim de que se assegurem direitos básicos à criança e ao adolescente, referentes a todos os meios de desenvolvimento físico, mental e social (arts. 227 e seguintes); e, ainda, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, não importando aqui seu grau de capacidade ou de desenvolvimento (art. 1.º, IV).

Ao estabelecer o princípio da igualdade, o artigo 5.º da Constituição Federal garantiu a inviolabilidade de direitos que o constituinte entendeu como essenciais, discriminando, inciso por inciso, como seriam amparados. Assim, assegura-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Os direitos e deveres individuais e coletivos são amparados, entre outros, com a reparabilidade do dano causado à pessoa, não discriminando qualquer condição individual; bastando, tão-somente, que seja a mesma vítima do evento.

Neste sentido, consagrou-se constitucionalmente não apenas a indenizabilidade por dano patrimonial, mas inclusive por dano moral, como podemos observar dos incisos V e X:

"é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;"

"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;"

Dentro desta ótica constitucional é que propomos o presente estudo, destinado a detectar a possibilidade ou não de indenizabilidade por dano moral aos direitos da criança e do adolescente, partindo-se do estudo de sua existência, bem como de seus limites.

Traçaremos breve esboço histórico dos direitos do menor, chegando então ao confronto entre os direitos do mesmo e o dano moral, discutindo, por fim, a responsabilidade civil e suas conseqüências, dentro deste tema.

2. Situação histórica do menor

O menor, na condição de dependência em relação ao pai, estava sujeito, na Antiguidade, a qualquer decisão tomada por aquele.

O Direito Romano, com relação à família, passou por dois momentos básicos, a saber: a necessidade da prole e o casamento por amor.

Na primeira etapa, demonstrava-se a obrigatoriedade do matrimônio para legitimação e constituição da prole, com fins de posterior fortalecimento do exército, para novas vitórias nos campos de batalha. Impunha-se, assim, um autêntico dever cívico, que era a manutenção e desenvolvimento dos filhos, até que esses se encontrassem aptos às armas¹.

Deixada a concepção cívica de lado, em virtude da evolução, a preservação dos filhos deu-se como decorrência do sentimento que unia um casal em núpcias.

Todavia, o pátrio poder exercido pelo *sui iuris* sobre os demais membros da família poderia vir a se constituir, em concreto, num pátrio terror, de vez que possibilitava ao seu exercente dispor dos *alieni iuris*, inclusive decidindo sobre a vida ou morte dos mesmos.

Nota-se, pois, que os filhos não possuíam o *status* de sujeito de direito, enquanto submetidos aos *liberi*, os chefes de todos os descendentes.

Em decorrência dos prejuízos sociais advindos com sobredita disposição dada ao detentor do pátrio poder, foi-se, aos poucos, mitigando o instituto, em especial a partir do século III d. C. Tornou-se, assim, menos gravosa a situação dos filhos, em particular dos de militares, que passaram a ter direitos reais sobre bens adquiridos em guerra, pelas conquistas realizadas, consubstanciados, basicamente, nos soldos e nos despojos

No mesmo sentido, direitos novos obtiveram os filhos de advogados, imperadores, entre outros.

Roma contemplou, afinal, a restrição parcial sobre os direitos de vida e morte dos filhos, podendo-se até afirmar que evolução semelhante deu-se no sistema jurídico germânico, através da figura do *mundium*.

Coibiram-se, assim, práticas atentatórias aos filhos, que não eram mais vistos como mero objeto de direito, mas como titulares de direitos,

1 A este respeito, Philippe Ariès e Georges Duby, *História da Vida Privada*, v. 1, São Paulo, Companhia das Letras, 1991.

dentro dos limites impostos à época, devendo-se ressaltar aqui o aspecto dos cognominados graus de discernimento, cuja evolução histórica trouxe aos nossos dias o instituto da capacidade.

A repressão paulatina ao infanticídio, à livre disposição, à alienação, ao abandono, aos maus tratos, entre outros, repercutiu num fortalecimento de valores relativos a proteção do menor, como indivíduo inserido num contexto social, com as sanções pertinentes às práticas ora vedadas.

Contudo, era ainda necessária uma evolução bem maior, para que se atingisse o estágio proposto internacionalmente a partir da metade de nosso século, como veremos adiante.

A discriminação social existente na época não tratou igualmente os capazes, e muito menos os menores.

Contudo, atesta PHILIPPE ARIES que em certo período da história de Roma passou-se a tolerar a prole entre patrícios e plebeus, estes e escravos, bem como entre aqueles e escravos, sobrevivendo ao filho a condição de liberto, como ocorreu no célebre caso da esposa do Imperador Vespasiano ².

Na Idade Média, a idéia central é a de que as crianças acompanhem o destino dado à mãe, salvo os bebês oriundos da burguesia, que continuavam sob o amamentamento das amas-de-leite, instaladas nas moradias dos patrões. A mortalidade dos filhos aumenta especialmente junto aos camponeses e nos períodos de pestes, dada a fragilidade das crianças e a pouca proteção que lhes era dispensada.

Por outro lado, há um novo aumento no índice de infanticídios, inclusive através de técnicas de sufocamento, bem como de abandonos. Poucos eram os filhos privilegiados que recebiam meios de desenvolverem-se física, mental e socialmente. Mesmo nas classes mais abastadas, inexistiam materiais suficientes a dar à criança momento de entretenimento e lazer ³.

Muitas crianças, ademais, têm que trabalhar cedo, sem, entretanto, obter independência pessoal. Alguns optam pelo celibato, outros preferem continuar suportando a pressão familiar — seus problemas, sua fiscalização e repressão sobre a personalidade individual, dado o desrespeito, por vezes, a manifestação de pensamento e a própria liberdade — até chegarem ao casamento; e, mesmo aqui, a opressão sofrida é muito grande, colocados os óbices paternos à vontade livre e espontânea da pessoa, sem comentar a escolha do cônjuge ou, ao menos, sua aceitabilidade, por parte destes.

1 *Op. cit.*

2 *Op. cit.*

Tudo isso, todavia, não identificava uma falta de amor pelos filhos, à época. Conquanto seja possível afirmar que estes estavam quase que integralmente despojados de liberdade na prática de atos de importância para sua vida, muitos vestígios deixou a história desse período, por meio de cartas ou testamentos, da demonstração do amor paterno.

Apesar da humanização no trato para com as crianças, dados os ensinamentos propagados pelo cristianismo, cresce o número de filhos enjeitados na Europa. Mas os que assim não procediam, passaram a ter em mente a idéia de ser imperiosa a manutenção da saúde do filho, perpetuando, assim, a própria ascendência no corpo do menor, como que se, de forma mística, fosse possível confirmar que este nada mais era que uma semente extraída dos pais, cujas vidas seriam "prolongadas na vida do filho".

Concebia-se a distinção entre filhos legítimos e naturais, estes provindos de *uma relação sem casamento*, e aqueles de *uma relação matrimonial*, preservando-se, pois, a noção de legitimidade criada no Direito Romano.

Os filhos naturais podiam ser trazidos à luz sob uma relação pura e simples entre pessoas não casadas (*liberi naturales*), bem como de relações vedadas, ditas espúrias, como era o caso dos adúlteros e dos incestuosos. Preservava-se, ao revés, a legitimidade da filiação oriunda de casamento putativo, cujas conseqüências, embora levassem à anulação, outorgava ao cônjuge de boa-fé os efeitos do instituto.

Saliente-se mais que o poder paterno, cada vez mais restrito, vai soçobrando diante de direitos finalmente consagrados ao menor, tais como: vida, higidez física e psíquica, entre outros, punindo a Igreja a todo aquele que promover a exposição dos filhos, inclusive com penas corporais e a perda do pátrio poder.

A Revolução Francesa veio trazer maior proteção ao menor, mais especificamente ao bastardo, como desdobramento do princípio da igualdade por ela propugnado.

Este período marca a facilitação da adoção e a limitação do chamado direito de corrigir, que tinha o detentor do pátrio poder. O pensamento protetivo ao menor ganhou mais corpo nas esferas civis e penais, com a prevenção, inclusive, da delinqüência juvenil, desde fins do século passado.

As Ordenações e o Direito Português, de forma geral, seguiram esta mesma evolução, alterando-se, conforme a legislação de cada país, tão-somente detalhes referentes ao sistema protetivo, tais como: maioridade, emancipação, entre outros.

Este século, sem embargo, foi marco decisivo de avanço, ao menos legislativo, da tutela dos interesses do menor, cabendo ressaltar, por enquanto, que convenções internacionais estabeleceram a paridade entre o

homem e a mulher no casamento, bem como a vedação de discriminação de filhos, por sua origem ou qualquer outra situação.

O princípio norteador das cartas e tratados, bem como das convenções, é o da igualdade, com as conseqüências advindas de sua adoção. Obstar-se, portando, qualquer discriminação em razão de língua, cultura, sexo, idade, cor, raça, deficiência de desenvolvimento físico ou mental.

A proteção ao ser humano, independentemente de sua condição, é fator motriz para seu desenvolvimento físico, mental e social (ou espiritual, para outros), razão pela qual a sua personalidade deve ser, em primeiro lugar, preservada, assim como os direitos decorrentes da mesma.

Deixa-se de lado, pois, a teoria do individualismo exacerbado, dando-se vez ao direito social, onde a pessoa não é mais vista como ser isolado, mas sim como ente que age e sofre ações, positivas ou omissivas, no meio social, devendo ser protegida em seus valores mais íntimos, sem os quais não poderá atingir os seus legítimos fins, o que levaria à impossibilidade de se alcançar o denominado bem comum, que importa não só na consagração das maiorias, mas, também na tutela e amparo às minorias.

3. *O dano moral e o direito do menor*

3.1. *O dano e a relação de causalidade*

Para garantir a possibilidade de o indivíduo ter acesso aos meios pelos quais poderá proteger seu patrimônio e seus valores imateriais, entre os diversos mecanismos jurídicos existentes, tem este a reparabilidade dos danos que lhe são causados.

Trata-se, em verdade, de efeito imediato ao asseguramento de direitos que lhe são inatos, consagrados nas Constituições modernas, conforme salientamos na introdução.

Neste passo, torna-se possível a obtenção de reparação a um dano causado em propriedade da vítima, buscando-se inclusive o amparo a valores imateriais da mesma, a saber: vida, segurança e liberdade, todos estes erigidos sob o pálio do princípio da igualdade, o que impede, ao menos teoricamente, qualquer espécie de preferência, dada a um em detrimento de outro, que não se revista de legalidade, e mais, de legitimidade.

Torna-se, pois, passível de reparação o dano causado a um sujeito de direitos.

Afirma a teoria da responsabilidade civil que o agente que for o causador do dano, que lhe seja imputável, ao patrimônio da vítima, se obriga para com esta a reparar o prejuízo sofrido.

Parte-se, na realidade, da idéia de imputabilidade do agente causador do dano. Isto não significa, contudo, como alguns podem imaginar, que a vítima do mesmo deva ser pessoa com possibilidade de ser agente de outro evento danoso. Não. A imputabilidade do agente para a prática de ato danoso não implica na necessária imputabilidade da vítima para a prática de outro. Pode-se, pois, prever situação na qual o agente cause dano a bem de pessoa que não seja capaz de responder por outro dano. Exemplo típico é o do dano causado à propriedade do tutelado, que tão-somente é administrado pelo tutor (art. 427, VII, CC). Raciocínio idêntico cabe entre os demais representados ou assistidos, e seus respectivos representantes ou assistentes (curador-curatelado, pai-filho...).

Podemos detectar como elementos de aferição da responsabilidade civil:

a) o agente;

b) a vítima;

c) o dano à vítima;

d) o nexo de causalidade entre o evento danoso e os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica em questão.

O agente é aquele que pratica, por si ou por meio idôneo para a realização do delito, ato comissivo ou omissivo gerador do dano a outrem.

Para constatação da responsabilidade, entretentes, necessária se faz, em geral, a aferição de existência de culpa *levis* ou *lata* por parte do mesmo. Esta pode se dar através da análise não somente objetiva do ato — o dano —, mas inclusive pela demonstração do elemento subjetivo, que se revestirá, como evento naturalístico, na consciência, ao menos potencial, que este tem da prática da antijuridicidade, ou seja, da realização de ato ou omissão dissonante ao ordenamento jurídico, quer de forma total ou parcial.

Esta desconformidade pode se dar pelo uso de meios permitidos pelo Direito, bem como por meios que acarretem o ilícito por condutas vedadas pelo ordenamento. Daí porque torna-se possível a obtenção de indenização sem a anulação de atos que assim deveriam ser inquinados, em certas situações.

Isto também explica a teoria da rescindibilidade, e não da anulação, de atos jurídicos que são, na realidade, autênticos institutos anexos à teoria dos atos ilícitos, a saber: o abuso de direito, o enriquecimento sem causa e a lesão, existente no mundo contratual ou, ainda, extracontratualmente.

Há hipóteses nas quais, contudo, dispensa-se a análise da existência ou não de culpa, por parte do agente. Basta a aferição da existência do dano

e a existência de nexo de causalidade entre o ato praticado ou omitido por aquele e o prejuízo sofrido pela vítima. A esta responsabilidade dá-se o nome de objetiva, surgida pelo avanço da doutrina e da jurisprudência, consagrada posteriormente de forma legislativa, em vários casos, e extraída do conceito de atividade industrial, alcançando atualmente as atividades ligadas a transporte e, em muitos países, as atividades de manuseio com o corpo humano ligadas à Medicina.

O terceiro estágio atingido na evolução da teoria da responsabilidade civil diz respeito à criação da teoria do risco exacerbado, na qual minoram-se as hipóteses de excludentes de responsabilidade, que pode, ainda, ser constatada através de uma relação de causalidade mais tênue que no caso da responsabilidade objetiva.

Nada obsta, ainda, a imputação ao responsável, pelo ato danoso causado por seu pupilo (art. 1.521 e incisos do CC), que não se encontram revogados pelo art. 116 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 — o Estatuto da Criança e do Adolescente —, que só faz referência ao dever que cabe ao adolescente (pessoa entre 12 anos e 18 anos incompletos) de restituir a coisa, ressarcir o dano ou, de outro modo, compensar o prejuízo causado, quando da realização de ato infracional do qual decorra prejuízo patrimonial. Não se refere, pois, este artigo à indenização civil propriamente dita, mas aos efeitos da constatação de existência do ato infracional cometido pelo adolescente.

Contudo, o diploma civil vigente responsabiliza o maior de 16 anos, que não seja plenamente capaz, por atos ilícitos praticados, vislumbrando-se, neste caso, as conseqüências da responsabilização civil que existem ao plenamente capaz, desde que tenha o mesmo agido com, ac menos, culpa. Inexiste, assim, a responsabilidade objetiva pura do maior de 16 e menor de 21 anos (art. 156, CC).

Sobredito artigo, obviamente por idênticos motivos já ventilados, não sofreu qualquer derrogação pelo advento do art. 116 do Estatuto vigente.

Outro elemento de aferição da responsabilidade civil é o dano.

Tradicionalmente aceito apenas o dano patrimonial, a doutrina evoluiu para a consagração da existência de danos morais, passíveis não apenas de responsabilização, mas também de conseqüente indenização.

A importância devida pelo evento ocorrido ganha conotação diversa entre uma e outra espécie de dano. Enquanto no patrimonial há autêntica reparação, no moral temos uma compensação pelo acontecido.

Acerca do dano moral, teceremos outras considerações adiante.

Por fim, deve-se atentar para o fenômeno da relação de causalidade. Por meio desta, certifica-se a origem em fato precedente que tem, por consequência, fato posterior.

A causalidade, em Direito, dá-se, primariamente falando, de forma similar a supra-exposta, o que gera, por seqüência lógica, a continuidade fática entre o precedente e o consequente, para que ocorra a causalidade.

Ainda que se possa afirmar que a causalidade é noção concebida à luz das ciências naturais, bem como da Filosofia, considera-se de suma importância para o mundo jurídico, discutindo-se desde o pensamento de ser a causalidade como causa próxima, até como equivalente das condições existentes.

Várias foram as teorias sobre a relação de causalidade, podendo-se apontar as elencadas como principais por Goldenberg ⁴:

a) *Conditio sine qua non* — nascida no meio penal, pela inteligência de von Buri, é verdadeiro marco no estudo do tema. Por esta, há uma igualdade no tratamento de todos os fatores condicionantes do resultado danoso, sendo, assim, imprescindíveis. Sofreu profunda crítica, dado que, utilizada de forma extrema, conduziria a uma culpa de todos.

b) Causa próxima — o fator imediatamente precedente ao ato que produziu o dano. É uma relação direta, sem qualquer circunstância diversa entre a causa e o efeito, num sentido estrito do termo.

c) Causa eficiente e causa preponderante — onde não seria, obrigatoriamente, a causa próxima o termo inicial do elo causal, mas sim aquela que fosse eficiente na assunção do resultado.

A preponderância, como elemento indispensável, é justamente aquela pela qual se rompe o equilíbrio entre "os fatores favoráveis e adversos à produção do dano" ⁵.

d) Causa adequada — que é, na realidade, um jogo de probabilidades para descoberta de ser o fator responsável ou não pelo dano, conforme um juízo de valor efetivado.

Todas estas teorias possuem aspectos positivos, mas também são passíveis de acerbas críticas, pois suas construções não satisfazem a plêiade de hipóteses que podem se verificar no caso concreto.

⁴ Confira, a respeito, Ildoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpressão, 1989. Segundo o autor, os problemas relativos ao tema são de difícil equação, inexistindo regra geral, sendo todas as fórmulas não aceitas de forma unânime.

⁵ *Op. cit.*

Em sede de relação de causalidade, cumpre notar que o dano pode advir de uma única causa, bem como de várias, sejam elas: conjuntas (que se refere a uma imputabilidade plúrima); concorrentes (onde as ações dos agentes são independentes, podendo-se, entretanto, atribuir a qualquer delas a totalidade do dano); alternativa (onde uma ação apenas pode eliminar as demais e seus respectivos agentes da imputação), entre outras.

Conquanto seja de conhecimento geral a exclusão da culpa do agente pela existência de culpa recíproca, deve-se acentuar que, enquanto aquela é presumida em inúmeras hipóteses, a última deve ser provada. E, na existência de risco entre as partes, mantém-se a presunção *juris tantum* contra o autor, em prol da vítima.

De maior dificuldade, ainda, é o estudo da concausa que, diversa da causa nova, refere-se a outra causa existente que, embora seja independente, gera uma interrupção ou alteração do nexu jurídico anteriormente existente.

A relação de causalidade manifesta-se, por fim, nas condutas omissivas, em virtude de dano provindo da não-realização de conduta que era juridicamente exigível do agente.

O dano, portanto, verifica-se como ponto final de uma cadeia lógica dos antecedentes influenciadores desse fato — o evento danoso —, e somente com sua existência, ao final da "cadeia", pode-se responsabilizar o autor do evento.

3.2. *A inimputabilidade e os direitos da personalidade.*

Por várias vezes buscou-se como necessidade de fixação do equivalente compensatório o que denominou-se *pretium doloris*, emergido do conceito de dano moral. Este preço da dor, em verdade, não se referia ao seu valor, como bem acentuam os doutrinadores que aceitam o dano moral e sua indenização. Afinal, a dor não é suscetível de peso, medida ou valoração econômica. Este foi, por diversas oportunidades, o forte obstáculo da aceitação da indenização por dano moral.

O desprezo, a humilhação, a chacota, a perda de função ou parte do corpo; a perda de um pai, filho, mãe... enfim, que valor dar a tais danos?

A vertente negativista, encabeçada por juristas de renome, como GABBA, embora na sua maioria aceitasse a existência de danos morais, não vislumbrava qualquer embasamento lógico-jurídico de indenização dos mesmos. Assim, seja pela impossibilidade de mensuração da dor, seja

porque esta é sagrada e inviolável, entre outros inúmeros argumentos, torna-se para estes incabível a indenização⁶.

Os positivistas, entretanto, discernem justamente a reparação do aspecto de compensação, admitindo, assim, a indenização.

Os ecléticos, entre os quais, no Brasil, VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, ao admitirem a indenização por danos morais indiretos, acabam por adotar a vertente negativista, tendo como indispensável a afetação patrimonial⁷.

A construção do dano moral em torno do preço da dor revelou-se insuficiente, com o passar do tempo, dando vez à aceitabilidade da indenização por dano moral como consequência a um dano causado a algum direito da personalidade.

Proteger-se-ia, neste passo, os direitos inatos ao ser humano, que o acompanham do nascimento até sua morte, erigidos a nível constitucional como liberdades públicas.

Embora indiretamente consagrados no decorrer da história, somente ganharam o delineamento que lhes é dado atualmente, pela evolução da jurisprudência européia, consagrando-se legislativamente sua proteção, em forma embrionária, pelo direito germânico; e, de modo mais desenvolvido, com o direito italiano.

Assim, mensura-se não a dor, mas o dano efetivamente causado, tenha advindo quer de modo integral quer de modo parcial.

Não se busca o preço da dor, mas uma imposição de pena civil, cujo beneficiário seja o ofendido⁸.

A personalidade individual fica amparada, assegurando-se ao seu titular direitos perpétuos, absolutos, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e indisponíveis.

6 Um argumento muito forte em favor da tese negativista é o do enriquecimento sem causa, pois a indenização não seria concernente a dano mensurável economicamente. Sobre esta e demais idéias dessa corrente, vide, a respeito, Clayton Reis, *Dano Moral*, Rio, Forense, 1991.

7 Acerca da concepção positivista, bem como da mista, vide *op. cit.*

8 Inúmeros autores concebem a proteção dos direitos da personalidade como fundamento da indenizabilidade dos danos morais. Entre nós, Rubens Limongi França, entre outros, que se utiliza de divisão tripartite de tais direitos: integridade física (vida e alimentos; próprio corpo, vivo ou morto; corpo alheio, vivo ou morto; partes separadas do corpo, vivo ou morto), integridade intelectual (liberdade de pensamento, direito do autor e do inventor) e integridade moral (liberdade, honra, honorificiência, recato, segredo, imagem e identidade). Vide, a respeito, seu *Manual de Direito Civil*, v. 1, SP, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1980.

Não se pode desincompatibilizar os direitos de personalidade do inimputável, por motivos óbvios. É certo que este deve ter amparo especial do Estado, em virtude de sua incapacidade, seja esta total ou relativa, mas isto não ilide a existência de personalidade. O Código Civil assegura a todos a personalidade civil, quando afirma em seu artigo 4.º que esta começa do nascimento com vida. Ora, embora sendo inimputável o incapaz, este tem assegurados seus direitos personalíssimos.

Convém lembrar que a imputabilidade diz respeito à culpabilidade individual, concebido em juízo de censurabilidade social da prática danosa. Os incapazes de discernimento para a prática de atos da vida civil, embora inimputáveis, nem por isso deixam de ter a protegibilidade específica do Estado, por meio de representação ou assistência cabível.

Conclui-se, portanto, que o incapaz deve ser plenamente amparado. Mas a concessão de direitos da personalidade a este não decorre de amparo estatal, mas de sua simples condição de sujeito de direitos.

Isto significa que o relativamente e o absolutamente incapaz são titulares de direitos da personalidade, o que em nada conflita com seu grau de discernimento ou, ainda, sua culpabilidade, na prática de ilícitos.

É correto afirmar, pois, que a inimputabilidade não obsta a titularidade de direitos e, no caso, de direitos da personalidade.

Todos os interesses do menor, do silvícola, do pródigo, do louco, do surdo-mudo que não possa se expressar devem receber, assim, tutela estatal, garantindo-se seus direitos, inclusive personalíssimos.

A situação do incapaz que é, por conseqüência, inimputável, no ordenamento jurídico, é, pois, privilegiada, no sentido de que o capaz não recebe tantos privilégios, como os que decorrem da lei para aquele.

3.3. *O dano moral e o inimputável*

Como a própria palavra exprime, o inimputável assim o é porque não se pode a ele imputar qualquer falta.

Há, todavia, exceções, como as que salientamos a princípio, que já foram, a seu tempo, apreciadas (art. 156, CC; art. 116, Lei n.º 8.069/90).

Mesmo os casos que fogem à regra, ao revés, não disvirtuam a natureza de proteção dada ao inimputável (que aqui não é vista em sua natureza penal, mas genérica).

Dentro do sistema protetivo, o Direito do Menor é um autêntico conjunto de regras e princípios concernentes à regulação da pessoa humana em seu desenvolvimento, até se tornar capaz para a vida civil.

Não se trata, porém, de um sistema repressivo ou supletivo de anomalias, como bem recorda WALTER MORAES, ao dispor que a menoridade não afasta a personalidade, que tem de ser preservada, já que o menor é sujeito de direitos e obrigações⁹.

Como lembra ROBERTO JOÃO ELIAS, o direito do menor é direito natural, cujo *status familiae* não lhe pode ser subtraído, sendo irrenunciável tal direito¹⁰.

DE CUPIS também sustenta que os direitos do menor são de personalidade¹¹.

O Direito do Menor, reputado por muitos como ramo autônomo do Direito, trata, assim, da proteção do menor, não apenas de mecanismos repressivos, interligando-se, ademais, como outros ramos do saber jurídico.

O Direito Constitucional apregoa a proteção da criança e do adolescente (art. 227); o Direito Administrativo, a supressão, pelo Estado, da deficiência de assistência familiar ao menor; o Direito do Trabalho, as medidas de amparo ao menor empregado ou na condição de aprendiz (arts. 402-441, CLT); o Direito Penal, impondo ao criminoso qualificadoras pelo ato comissivo ou omissivo próprio ou impróprio praticado contra menor de 14 anos; o Direito de Família, com os deveres do pátrio poder, perante o menor (arts. 384-391, CC), entre outros. Saliente-se que nesta área só incide o Direito do Menor quando a assistência familiar comum não surte os efeitos desejados.

Resultado normal desta linha de pensamento exposta e o de se aceitar que o menor, embora inimputável, como titular de direitos de personalidade que é, pode sofrer dano moral.

A fundamentação da afirmação supramencionada não é cerebrina. Muito pelo contrário. Justifica plenamente a tutela estatal, por um lado; e, por outro lado, torna-se coerente com a doutrina dos direitos da personalidade.

Não se confunde, destarte, a incapacidade do menor, mesmo que seja de discernimento, com sua situação de vítima da conduta delituosa.

Argumentou-se, em sentido contrário, que o menor não teria, assim como o louco, a sensibilidade de discernir uma dor moral, carecendo de

9 Programa de Direito do Menor, São Paulo, Cultural Paulista, 1984.

10 O Direito do Menor à Família, Tese de Doutoramento, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1988.

11 Roberto João Elias, *op. cit.*

um sofrimento íntimo e, em decorrência disso, torna-se desnecessária e injurídica a indenização¹².

Confunde-se aqui, como se pode ver, aspectos referentes à capacidade com os relativos à personalidade. Não há que se cogitar de sofrimento ou *pretium doloris*, mas de violação a direito personalíssimo. O dano ou agravo moral (expressão muito utilizada pelos espanhóis) contra direitos subjetivos do menor não, conclui-se, plenamente indenizáveis.

Assim, o menor privado de seu pai ou mãe, por morte, tem direito a indenização, pois se verá privado do cuidado e amparo concedido outo-
ra por seu progenitor¹³. Um membro amputado lhe ocasionará a indenização pertinente, conforme o caso concreto; uma criação, de cunho estético (direito de autor), será amparada, sob pena de o infrator arcar com os ônus da violação.

O que justifica o vínculo jurídico existente é o interesse, que no dano em pauta é moral, distinto da prestação que ficará a cargo do ofensor que, de caráter pecuniário, como equivalente, não se confunde com aquele, que não precisa ter conteúdo patrimonial.

A distinção interesse-prestação, tão importante para a aceitabilidade da indenização por danos morais, equacionada pela doutrina italiana, constitui, ainda, como base e limite das obrigações¹⁴.

E como o interesse do incapaz seria verificado?

Justamente na constatação da violação de algum direito da personalidade. Supõe-se, por ficção jurídica, que se o incapaz tivesse o discernimento cabível, defenderia seus direitos.

4. Responsabilidade civil por dano moral à criança e ao adolescente

4.1. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente

Como já foi salientado, o Direito Internacional muito auxiliou na edificação de parâmetros em prol do menor. Assim, ao reafirmar a existência

12 Roberto Brebbia contraria esta tendência, propugnada por Alfredo Orgaz, Alfredo Mimosi e Françoisa Givord. Sustenta o jurista argentino que os incapazes podem sofrer dano moral (*El daño moral*, Córdoba, Orbis, 2ª ed., 1987).

13 Roberto Brebbia. *Op. cit.*

14 Vide, a respeito, Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

dos direitos fundamentais do homem, já consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como no fato de que a criança é ser em desenvolvimento, que vai adquirindo, paulatinamente, sua maturidade física e mental, surge a Declaração dos Direitos da Criança, de Genebra, em 1924.

Dentro desta mesma linha de raciocínio, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, seguindo, por seu turno, a mesma diretriz consagrada nos tratados e convenções que deliberaram sobre a igualdade de direitos entre o homem e a mulher e a paridade entre os filhos, independentemente de sua origem.

Referida declaração é mais um marco protetivo do menor, ao qual devem ser proporcionados todos direitos tidos como fundamentais ao homem, com a promoção de seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, sendo vedada, ainda, qualquer forma discriminatória entre as crianças (arts. 1 e 2 da Declaração).

Busca-se, também, proporcionar ao menor todo o instrumento possível que, em seu favor, venha a servir de auxílio para a consecução dos objetivos descritos na Declaração; dando-se-lhe, prioridade, inclusive, de proteção e socorro, qualquer que seja a situação existente (arts. 4 a 8 da Declaração).

A proteção que é devida à criança implica ainda em afastá-la de qualquer forma de negligência, crueldade e exploração (arts. 9 e 10 da Declaração).

Inspirada neste posicionamento, nossa Constituição erigiu princípios básicos de proteção ao menor, que o legislador ordinário veio a enunciar na lei atual relativa à criança e ao adolescente.

O artigo 227 do Texto Maior dá prioridade ao menor — que o constituinte classifica em duas espécies, a saber: criança e adolescente —, numa série de direitos, que podem ser vistos como básicos: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convívio comunitário e familiar. Com a edição da Lei n.º 8.069/90, compreende-se o que é, em nosso ordenamento positivo, criança e adolescente (art. 2.º), explicitando-se, por outro lado, que tanto esta como aquela têm todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (art. 3.º).

Equivale a dizer que o menor (criança ou adolescente) goza dos mesmos direitos fundamentais insculpidos no art. 5.º de nossa Constitui-

ção. E não somente estes. O artigo mencionado não exclui a existência doutros direitos "decorrentes do regime e dos princípios" adotados constitucionalmente, como de "tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5.º, § 2.º).

Isto significa que ficam garantidos ao menor, entre outros, os fundamentos pertinentes à dignidade da pessoa humana (art. 1.º — III), à promoção do bem comum (art. 3.º — IV), à não-discriminação (art. 1.º — IV), dentre outros.

Além dos artigos já mencionados, dá-se uma amplitude maior aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, já que se reconhece aos mesmos a titularidade de direitos da personalidade. Isto é decorrência natural do sistema adotado, uma vez que tais direitos, insitos no homem capaz ou incapaz, preexistem ao próprio Estado, não sendo correto o pensamento segundo o qual devem ser considerados como tais tão-somente os que se encontrem expressos em textos legislativos ou constitucionais.

A criança e o adolescente gozam igualmente dos direitos fundamentais.

Adotada a posição contrária à obrigatoriedade da consagração positiva dos direitos da personalidade, podemos afirmar que, por necessitar de proteção especial, tem o menor (criança e adolescente) o privilégio de possuir em seu favor um Estatuto que vem, sem qualquer dúvida, não delimitar seus direitos da personalidade, mas assegurá-los de forma mais discriminada.

Se é bem verdade que podemos ter em mente ser a Lei n.º 8.069/90 uma "linda poesia ou carta de intenções" ditada pelo Estado, cumpre anotar que ela, se fosse devidamente cumprida, resolveria os problemas existentes com relação ao tema ou, ao menos, reduziria as dissensões ao seu aspecto mínimo.

Existem, contudo, diversos artigos passíveis de realização prática e efetiva, que, regulamentando o Direito do Menor, trazem em seu benefício uma série de direitos.

As disposições preliminares do Estatuto da Criança e do Adolescente norteiam a matéria, dentro da visão internacionalmente convencionada e trazida constitucionalmente ao nosso Direito.

Assegura-se, assim, a proteção integral à criança e ao adolescente, que se distinguem entre si pelo critério etário disposto na mesma lei. Outorga-se-lhes prioridade total na consecução de seu desenvolvimento

físico, mental, moral, espiritual e social, em condição digna e livre (arts. 1.º a 4.º)¹⁵.

Tal qual na Constituição, coíbe-se a negligência, a opressão, a discriminação, a exploração, a violência e a crueldade ao menor, garantido-se-lhe primazia em todas as atividades sociais, levando-se em conta sua condição de pessoa em desenvolvimento, atentando-se, ainda, aos princípios gerais estabelecidos na Lei de Introdução do Código Civil, especialmente ao fim social da norma jurídica (arts. 4.º a 6.º).

Seguindo o modelo constitucional, os direitos fundamentais da criança e do adolescente encontram-se corretamente localizados na lei, em sua Parte Geral, dispostos na seguinte ordem:

- a) direito à vida e à saúde (arts. 7.º a 14);
- b) direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (arts. 15 a 18);
- c) direito à convivência familiar e comunitária (arts. 19 a 52);
- d) direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59);
- e) direito à profissionalização e à proteção ao trabalho (arts. 60 a 69).

Sobredita divisão, conquanto não revele em todo seu bojo as espécies de direitos da personalidade, refere-se exatamente a estes, minuciando-lhes, quando possível, seu conteúdo, mas jamais elidindo, conforme salientado, um âmbito maior de sua extensão.

Tem, assim, o menor o direito à vida, acrescido de todos os demais direitos da personalidade dele decorrentes: direitos físicos (corpo, partes separadas do corpo, cadáver, higidez física e integridade corporal, direito à imagem, entre outros), direitos psíquicos (liberdade em todas as suas expressões, higidez psíquica, segredo, honra subjetiva e objetiva, intimidade, sigilo, entre outros) e, para alguns autores, uma terceira categoria, que me atrevo a inserir nas duas anteriores: a dos direitos intelectuais ou morais, conforme for o caso¹⁶.

15 A Organização Mundial da Saúde — OMS, já dispôs que o ser humano tem seu equilíbrio absoluto no desenvolvimento físico, mental e espiritual (para outros da própria organização, social). O legislador, ao repetir as expressões da Declaração Universal dos Direitos da Criança, nada mais fez que evitar, tal como procedeu a ONU, qualquer possível discussão sobre a protegibilidade apenas dos aspectos espirituais, ou ainda, dos sociais do menor.

16 A respeito, Rubens Limongi França e Carlos Alberto Bittar, em obras anteriormente citadas.

Para a consolidação destes direitos, o Estatuto está eivado de princípios que merecem observância, como bem assenta PAULO LÚCIO NOGUEIRA, que se referem, em suma, à prevenção, à tutela menorista, tanto do ponto de vista do direito material, como do processual¹⁷.

Consiste o direito à vida, entre diversos outros elementos, no nascimento e desenvolvimento sadios garantidos por política social compatível, desde o atendimento pré e perinatal, até a realização de programas assistenciais em geral, defluindo o direito à identidade, mantida desde o nascimento, assegurados os direitos do nascituro.

O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade consiste, basicamente, na livre locomoção e expressão, incluindo-se a convicção filosófica, política ou religiosa, bem como na inviolabilidade de sua individualização — ponto de contato com o direito à identidade, decorrente, como os demais, do direito à vida —, de sua imagem e integridade psíquica.

Já o direito à convivência familiar e comunitária diz respeito à imprescindibilidade de criação do menor na família, de preferência legítima, admitindo-se seu desenvolvimento nas entidades familiares constantes do art. 226 da Constituição, inexistindo, ainda, qualquer discriminação entre os filhos, que se encontram em situação de paridade, para todos os fins de direitos.

Admite-se, conforme o caso, a colocação do menor em lar substituto, por critérios de adoção descritos na lei, sendo exigível, em qualquer situação, o sustento, guarda, educação e cumprimento do dever legal por parte de seus pais, representantes ou substitutos.

O instituto do pátrio poder deixa de existir no mundo hodierno, assim, como outorga de direitos absolutos sobre o menor, passando a ser desenvolvimento como relação jurídica em que haja um autêntico equilíbrio entre deveres e direitos, de ambas as partes.

Confere-se, de qualquer modo, a assistência moral, material e educacional ao menor, sempre buscando-se o seu interesse que, embora não seja, em muitas oportunidades, claro em seus atos, dada sua falta de discernimento, cabe a todos velar.

A prevenção é, ademais, dever de toda a sociedade, não apenas da família ou de quem detenha a guarda da criança ou do adolescente, sendo ônus a todos imposto no sentido de se preservarem os direitos

17 Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991.

fundamentais do menor em sua plenitude, de qualquer ameaça ou violação (art. 70 do Estatuto).

Leva a educação, por seu turno, ao preparo do menor para o pleno exercício da cidadania, quando se tornar capaz, devendo, pois, ser proporcionada em condições tais que sempre lhe sejam favoráveis para seu pleno desenvolvimento. Não deve constituir óbice à educação a condição sócio-econômica do menor, sendo o acesso ao ensino obrigatório direito público subjetivo do mesmo ¹⁸.

A cultura, o esporte e o lazer são garantidos da mesma forma que a insculpidos nos arts. 215 e seguintes da Constituição.

A profissionalização, elemento integrante do sadio desenvolvimento da pessoa humana, deve ser concedida ao menor nos limites da lei.

Veda-se, por ser em seu prejuízo, o trabalho ao menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz (art. 60), que não pode, ainda, se dar no período noturno, bem como em atividades perigosas, insalubres ou penosas — dado o risco que há —, nem em locais prejudiciais à sua formação.

O Conselho Tutelar, órgão verificador da existência de ameaça ou violação aos direitos do menor, tem a incumbência de proceder às comunicações pertinentes, quando isto se verificar.

4.2. O dano moral no Estatuto da Criança e do Adolescente

O mundo contemporâneo caracteriza-se pela falta de responsabilidade, por parte da sociedade, com relação à condição do menor que, na prática, pouco evoluiu, sendo este o motivo determinante de nossa afirmação segundo a qual o Estatuto é uma poesia muito interessante e bonita, mas sem a efetivação que ainda se faz necessária.

Já vimos que os interesses do menor podem ser resguardados também patrimonialmente, cabendo ao pai, tutor, curador ou responsável a sua defesa, inclusive em juízo. Isto significa que se possibilita ao menor a reparação de danos patrimoniais, com a devida responsabilização do infrator.

O próprio Código Civil dispõe de regras protetivas ao seu patrimônio. Assim, *verbi gratia*, dispõe sanção o artigo 226 ao pai ou mãe sobrevivente que realiza novas núpcias, sem, no entanto, proceder ao inventário

18 Paulo Lúcio Nogueira. *Op. cit.*

e partilha dos bens da pretérita união. Trata-se de impedimento impedi-ente ao casamento (art. 183, XIII), que obriga o cônjuge supérstite a, casando-se novamente, fazê-lo sob o regime de separação, perdendo, ainda, o direito de usufruto aos bens dos filhos (vide também arts. 225 e 258, I).

Aquele que estiver no pátrio poder cabe a administração dos bens dos filhos, segundo os interesses destes, inclusive representando-os ou assistindo-se em todos os atos civis (arts. 385 e seguintes c.c. art. 384, V), permitindo-se, conseqüentemente, a reparação por dano patrimonial praticado aos bens do menor.

Mesma regra torna-se viável, no exercício da tutela e da curatela, conforme aduzimos ao início do presente estudo (art. 427, V).

Analisando-se a situação jurídica da criança e do adolescente como sujeito de direitos inclusive os referentes à personalidade, nada impede a reparação de danos morais que lhe são causados.

O que importa, como mencionamos, é o dano, e não o grau de discernimento da vítima. Não cabe ao Direito perquerir vagamente se esta sofre ou não, mas sim estabelecer uma presunção de sofrimento que não pode, jamais, ser desarubada, precisamente por estarmos diante da proteção de interesses socialmente relevantes.

Por outro lado, a ameaça ou violação aos direitos da personalidade é fundamento bem mais amplo para reparabilidade do dano moral, seguindo, ainda, critério bem mais seguro de sua constatação que a dor, cuja mensuração, como dissemos, causou repulsa por parte daqueles que passaram a negar a indenizabilidade do dano moral.

Os direitos da personalidade não têm por escopo delimitar ou precisar a mensurabilidade da dor, mas sim preservar algo inerente à pessoa humana.

A indenização por dano moral é nada mais que uma obrigação imposta àquele que passa a ter uma dívida perante o indivíduo e a sociedade, pela afronta causada a um direito personalíssimo. Não irá reparar o direito em questão em toda sua amplitude, mas compensará a perda que se verificou.

Não há motivos para marginalizar o incapaz da percepção do *quantum* indenizatório.

As críticas existentes quanto a este direito de indenização em favor do incapaz soçobram diante da constatação de existência de direitos personalíssimos ao mesmo.

Ora, tem o silvícola direito à imagem, tem a criança direito moral de autor, tem o louco direito à intimidade, e assim por diante.

Têm, pois, direito à indenização por dano moral.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente contém inúmeros dispositivos de proteção ao menor por danos morais.

O desenvolvimento moral, físico e social vem de expressa disposição legal, punindo-se, na forma da lei, qualquer ameaça ou ato comissivo ou omissivo contra seus direitos fundamentais, que são, em verdade, personalíssimos (arts. 3.º e 5.º).

A integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente é também objeto de proteção cogente, quando se ampara o direito ao respeito (art. 17); o mesmo se diga quanto ao reconhecimento do estado de filiação, que se trata de direito personalíssimo, o que *significa que qualquer óbice à obtenção de provimento acerca deste tema é dano moral* (art. 27).

A assistência material, moral e educacional é garantida ao menor não somente diante da família legítima, natural ou substituta, mas inclusive aparece como obrigação daquele que tem sua guarda.

Os educadores devem, por sua vez, respeitar o menor, sendo possível a caracterização de dano moral, inclusive nos casos de humilhação, chacota, ofensa à honra, entre outros (art. 53, II).

O atendimento no ensino fundamental deve seguir as mesmas diretrizes, sob pena de caracterização de dano moral.

A preservação da identidade do menor, bem como o respeito e a subserviência a sua dignidade são impostas não somente perante todos, mas inclusive nos estabelecimentos de atendimento, existentes para abrigo ou reeducação, conforme for a hipótese (art. 94, IV e V).

Entre as atribuições outorgadas legalmente ao Conselho Tutelar, cabe a representação, em nome da pessoa e da família, por violação dos direitos de preservação do desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, substanciados em qualquer meio nocivo à saúde e ao meio ambiente (art. 136, X, art. 220, § 3.º, II, o primeiro da lei e o segundo da Constituição)

Por fim, importante posição ocupa a instituição do Ministério Público na defesa de interesses do menor, podendo, inclusive, propor ações que versem sobre direitos individuais, coletivos ou difusos, zelando pelos direitos e garantias legalmente dispostos em favor da criança e do adolescente.

5. *Bibliografia*

- ARIES, Philippe e DUBY, Georges — *História da Vida Privada*, vols. 1, 2 e 3, São Paulo, Companhia das Letras, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto — *O Direito Civil na Constituição de 1988*, São Paulo, Editora Eevista dos Tribunais, 1990.
- BRAZIL, Paulo Roberto Grava e BARREIRA, Wilson — *O Direito do Menor*, São Paulo, Editora Atlas S/A, 2ª edição, 1991.
- BREBBIA, Roberto — *El daño moral*, Córdoba, Orbir, 2ª ed., 1987.
- CAHALI, Yussef Said — *Dano e indenização*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- CAVALLIERI, Alyrio — *Direito do Menor*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1976.
- ELIAS, Roberto João — *O Direito do Menor à Família*, Tese de Doutorado, São Paulb, FADUSP, 1988.
- FRANÇA, Rubens Limongi — *Manual de Direito Civil*, v. 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1980.
- GOLDENBERG, Isidaro H. — *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpressão, 1989.
- LOPEZ, Teresa Ancoma — *O Dano Estético*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- MORAES, Walter — *Programa de Direito do Menor*, São Paulo, Cultural Paulista, 1984.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio — *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991.
- RAFFUL, José Carlos — "O Código de Menores e a Reparação do Dano", in *Temas de Direito do Menor*, coord. Munir Cury, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- REYS, Clayton — *Dano Moral*, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves — *Guarda de Filhos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

A Aids perante o Direito *

LICÍNIO BARBOSA

Professor Titular de Direito Penal. Membro Efetivo do "Instituto dos Advogados Brasileiros", RJ. Membro Efetivo da "Société Internationale de Défense Sociale", Paris. Membro Efetivo da "Association Internationale de Droit Pénal", Paris

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. Aids e suas implicações jurídicas.
3. Casuística forense.
4. A casuística da Aids na Justiça penal de Goiás.
5. Conclusão.

1. Introdução

Ao formular um *conceito de saúde e doença* na sua obra polêmica *Medicina não é saúde*, JAYME LANDMANN principia acentuando que "saúde e doença, apesar de sua importância na vida cotidiana e apesar das discussões que provocam, são difíceis de definir e analisar sem uma reflexão atenta sobre seu significado real, que é complexo e profundamente ambíguo".

E acrescenta, tautologicamente: "Podemos recorrer ao subterfúgio de definir a *saúde* como ausência de doença e a *doença* como ausência de saúde. Ou recorrer a exemplos: doença é a pressão alta ou a artrite ou a fratura de membros ou o resfriado. Ou procurar um elo comum entre os exemplos acima e definir a *doença* como um desvio do normal biológico, o que vai constituir outro obstáculo quando se tentar definir o que é normal" (in *op. cit.*, Editora Nova Fronteira, RJ, 1983, p. 13). Para concluir, ilustrativamente, com apoio na estatística médica: "A *imprecisão do conceito de doença* entre os leigos é ressaltada por estudos que mostram a disparidade entre a apresentação de sintomas e procura de assistência médica. Numa vasta *enquête*, WADSWORTH e col. verificaram que 90%

* Primeiro Seminário sobre "A Aids e a repercussão no homem", Goiânia, 26 de setembro de 1992.

dos indivíduos inquiridos apresentaram sintomas nas duas semanas anteriores à entrevista, mas somente um em cinco procurou um serviço médico. Outra *enquête*, feita por MORRELL com mulheres entre 20 e 44 anos, mostrou que, durante o ano, apenas um em cada 37 sintomas levou a paciente ao médico, sendo que em alguns casos a proporção foi ainda mais defasada" (in op. cit., p. 15; grifos no original).

Apesar da imprecisão conceitual sobre *doença*, a preocupação a seu respeito está presente em todos os povos, desde a mais remota antiguidade.

Ilustrativo dessa preocupação é o Livro Sagrado onde, tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, a doença tem o sentido de um suplício, e sua cura é não só um alívio como uma bênção.

Assim é que, em Deuteronômio, 7:15, está a promessa de Jeová a Moisés de que "o Senhor afastará de ti todas as doenças; e não fará cair sobre ti, mas sobre os teus inimigos, as terríveis pragas do Egito, que tu conheces". E, no mesmo Livro, Deut. 29:22, Jeová ameaça os que violarem a aliança entre Ele e o povo eleito: "E dirá a geração vindoura, e os filhos que nascerem depois de vós, e os estrangeiros que vierem de longe, ao ver as pragas desta terra e as doenças, com que o Senhor a tiver afligido, abrasando-a com enxofre e ardor de sal, de modo que se não semeie jamais, nem se crie nela verdura, à semelhança da destruição de Sodoma e Gomorra, de Adama e Seboim, que o Senhor destruiu na sua ira e furor."

No Evangelho, é Mateus quem testifica as curas feitas pelo Nazareno (na Galiléia), assinalando: "E Jesus percorria toda a Galiléia, ensinando nas suas sinagogas, e pregando o Evangelho do reino (de Deus), e curando todas as doenças e todas as enfermidades entre o povo" (4:23).

E mais adiante: "... Jesus ia percorrendo todas as cidades e aldeias, ensinando nas sinagogas deles, e pregando o Evangelho do reino, e curando toda doença e toda enfermidade. E vendo (aquelas) multidões, compadeceu-se delas, porque estavam fatigadas e como ovelhas sem pastor" (9:28). (*Bíblia Sagrada*, trad. da Vulgata pelo Pe. Matos Soares, Edições Paulinas, 1962.)

Qualquer, contudo, que seja o conceito de *doença*, dúvida não paira sobre a inclusão da *Aids/Sida* no seu rol. Pois os cientistas de todas as formações não só a consideram como *doença*, como lhe dão o *status* de uma doença terrível a que se convencionou chamar de *o mal do século*.

Oriunda, consoante as opiniões predominantes, da África Equatorial — onde, especialmente no Zaire, mais de 15% da população "têm no sangue anticorpos do vírus HIV", no depoimento de J. C. BAUMANN/M. L. ESPÍRITO SANTO, in *Sistema Imunológico / Fortalecer ou Enfraquecer / Um Grande Desafio*, Editora Paraná Livros, 1.ª edição, 1991, p.

21 —, a chamada *doença do século* expandir-se-ia por 5 principais regiões do planeta, quais sejam: Estados Unidos, Europa Ocidental, África (principalmente Zaire), América do Sul (mormente o Brasil) e América Central (notadamente o Haiti), deixando perplexa toda a população do planeta de cinco bilhões de habitantes.

Apesar de os primeiros focos terem surgido na década dos sessenta deste século, somente em 1983 é que os cientistas LUC MONTAGNIER (do Instituto Pasteur, de Paris) e ROBERTO GALLO (do Departamento de Câncer norte-americano) viriam, simultaneamente, a isolar o *vírus* plantado na etiologia da moléstia trazendo à ciência médica a certeza de que, dali por diante, a tarefa preponderante seria (como veio a ser) descobrir o remédio e a vacina para debelar o temível *HIV — human immunodeficiency virus*.

No que tange a seu controle, a primeira luz viria com a descoberta, em 1986, do AZT, substância ativa da Azidotimidina, comercializada como Zidovodine, para cujo desenvolvimento a humanidade muito deve ao Doutor DAVID BARRY — medicamento que, apesar de seu elevado custo/preço se constitui numa expressiva vitória contra a síndrome da deficiência imunológica no ser humano. Na mesma época, o Doutor DANIEL ZAGURY, da Universidade Pierre Marie Curie, na Conferência Internacional sobre *Aids/Sida*, realizada em Washington, em junho de 1986, “dava a conhecer uma vacina, com a qual ele próprio se inoculava tendo desenvolvido anticorpos, mas em quantidade insuficiente, não podendo no momento dar garantia total às pessoas contra o vírus” (Baumann/Espírito Santo, in *op. cit.*, p. 24).

Definida como *Síndrome da imunodeficiência adquirida* pela Organização Mundial de Saúde das Nações Unidas, a *Aids/Sida*, estima-se que, somente na África, até o ano 2000, haverá dez milhões de aidéticos.

Perspectiva alarmante se considerado que o quadro epidemiológico, até 31 de março de 1990, era bem mais modesto. Ou seja, em todo o planeta, 237.110 casos.

Com êfeito, no início desta década, a *África* inteira contabilizava 51.978 casos confirmados por relatório da Organização Mundial de Saúde, destacando-se o Zaire, com 11.732 casos; Uganda, com 7.375 casos; Quênia, com 6.004 casos; a Tanzânia, com 5.627 casos; o Burundi, com 2.355 casos, e tantos outros.

Em toda a *Ásia*, na mesma data, apenas 618 casos, sob a liderança do Japão, com 182 casos, seguido de Israel, com 101 casos.

A *Europa* apresentava 31.948 casos assim distribuídos: França, com 8.883 casos; Itália, com 5.307 casos; Espanha, com 4.633 casos; Alemanha, com 4.544 casos; e assim por diante.

Na *Oceania*, registrou-se, naquele relatório, o número de 1.947 casos, destacando-se a Austrália, com 1.760, seguida da Nova Zelândia, com 156 casos.

Nas *Américas*, o relatório da Organização Mundial de Saúde constatou, até 31-3-90, 150.619 casos, para os quais contribuíram os Estados Unidos, com 124.282 casos, logo seguido do Brasil, com 10.058 casos; do Canadá, com 3.557 casos; do México, com 3.512 casos; da República Dominicana, com 1.200 casos; sobressaindo-se, relativamente, o Haiti, com a expressiva cifra de 2.331 casos.

Como facilmente se constata, naquele relatório o Brasil ocupava o *terceiro lugar*, vindo logo depois dos Estados Unidos e do Zaire; e seguido pela França.

Estatísticas mais recentes podem ter mudado, ligeiramente, esse sinistro *ranking*, mantendo, contudo, o mesmo perfil continental.

2. *Aids e suas implicações jurídicas*

O mais grave flagelo da humanidade, na atualidade, a *Aids/Sida* não poderia passar despercebida pelas autoridades estatais dos três Poderes.

Na Constituição de 1988, o Constituinte, ao cuidar, no *Título III*, da *Organização do Estado*, insculpiu, no *Cap. II*, que trata *Da União*, no *art. 23*: “É competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(*omissis*)

“II — *cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”.

E no *Tit. VIII*, que cuida da *Ordem Social*, inseriu, o Constituinte de 1988, o *Capítulo (II) da seguridade social*, arts. 194 *usque* 204, dedicando à *saúde*, a *Seção II* desse capítulo, arts. 196 *usque* 200; à *previdência social*, a *Seção III*, arts. 201 e 202; e à *assistência social*, a *Seção IV*, arts. 203 e 204 da Constituição Federal.

No art. 196, a CF estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

No que tange à *previdência social*, estabelece, a CF, no seu art. 201, que “os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

“I — *cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;*

II — ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda;

III — proteção à maternidade, especialmente à gestante”, e outras hipóteses igualmente humanitárias.

No que concerne à *assistência social*, a CF de 1988, no art. 203, estabelece que ela “será prestada a quem dela necessitar, *independentemente de contribuição à seguridade social*, e tem por objetivos: (omissis) — IV — a *habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária*”, — dentre várias outras preocupações que evidenciam o princípio da Justiça distributiva, visando a alcançar a Justiça social.

Bem antes, porém, da Constituição Federal de 1988, já o legislador brasileiro se preocupava, como é natural, em *cuidar da saúde e assistência pública, da seguridade social, da previdência e assistência social*.

Tanto assim é que, pela Lei n.º 6.259, de 30 de outubro de 1975, tratou o legislador ordinário de disciplinar “a organização das ações de *Vigilância Epidemiológica*”, bem assim do “Programa Nacional de Imunizações”, e, ainda, de estabelecer “normas relativas à *notificação compulsória de doenças*” (grifou-se).

Com efeito, esse estatuto importante na disciplina legislação concernente à *saúde*, no País, após fazer remissão à Lei n.º 6.229, de 17 de julho de 1975, que tratava do Sistema Nacional de Saúde, cogitou sobre a *ação da Vigilância Epidemiológica*, no art. 2.º, destacando compreender “as informações, investigações e levantamentos necessários à programação e à avaliação das medidas de controle de doenças e de situações de agravos à saúde, acentuando competir ao Ministério da Saúde definir, em Regulamento, “a organização e as atribuições dos serviços” referidos, que deverão ser feitos “pelo conjunto dos serviços de saúde, públicos e privados, devidamente habilitados para tal fim” (art. 2.º, *caput* e §§ 1.º e 2.º).

Nos arts. 3.º *usque* 6.º, estabeleceu, a Lei n.º 6.259/75, *caber ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, inclusive as de caráter obrigatório*” (art. 3.º, *caput*), *Título II*.

E no *Tít. III*, arts 7.º *usque* 13, definiu os casos de *notificação compulsória de doenças às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados* “(I) de doenças que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional; (II) de doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente”, inclusive os casos de *agravo inusitado à saúde* (art. 7.º, incs. I/II e § 1.º).

Esse estatuto foi regulamentado pelo Decreto presidencial n.º 78.231, de 12 de agosto de 1976, minudenciado as hipóteses concernentes ao *Sistema de Vigilância Epidemiológica e da Notificação Compulsória de Doença* (art. 2.º *usque* 25), no *Título I*; o *Programa Nacional de Imunizações e das Vacinações de Caráter Obrigatório* (arts. 26 *usque* 38); e traçando, no *Título III*, arts. 39 *usque* 45, as situações cabíveis nas *Disposições Finais e Transitórias*.

No parágrafo único do art. 13 desse Decreto, “consideram-se de *notificação compulsória*: I — as doenças que podem implicar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional (repetindo o art. 7.º, inc. I, da Lei n.º 6.259/75); II — as doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente, observado o artigo 7.º, item II, e seu § 1.º da Lei n.º 6.259, de 30 de outubro de 1975”; acrescentando, no art. 14, que “as notificações a que se referem os itens I e IV do artigo anterior (ou seja, “as notificações compulsórias de doenças”, item I, e “as notificações de quadros mórbidos inusitados e das demais doenças que, pela ocorrência de casos julgada anormal, sejam de interesse para a tomada de medidas de caráter coletivo”) deverão conter: I — a indicação precisa, que permita à autoridade sanitária identificar a pessoa portadora da doença e o local ou locais onde possa ser encontrada; II — a indicação precisa da doença suspeita ou confirmada; III — a data da notificação, o nome e a residência do notificante” —, realçando, no parágrafo único (do referido art. 14), que “a *notificação compulsória de doenças* deverá ser realizada, imediata ou posteriormente ao conhecimento do fato, por escrito e no modelo padronizado”

A multiplicação, já nos anos oitenta, dos casos da *síndrome da imunodeficiência adquirida*, no Brasil, levou as autoridades a adotarem providências administrativas visando ao controle e ao combate da *Aids/Sida*.

Assim é que, pela Portaria Interministerial MPAS/MS n.º 14, de 18 de maio de 1987, os Ministérios da Previdência e Assistência Social, e da Saúde, através dos respectivos titulares, e tendo em vista a existência, desde 30 de abril de 1980, do *Programa Nacional de Sangue e Hemoderivados — Pró-Sangue*, instituído pela Portaria Interministerial n.º 7, daquela data; e visando a “garantir esses produtos em quantidade e qualidade adequada para a população”; bem assim, tendo em vista “a crescente incidência da *Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (Sida/Aids)* no País; e, ainda, “necessidade urgente da adoção de medidas efetivas para a sua prevenção, entre as quais o controle da qualidade do sangue”, que “constitui medida viável e prioritárias” —, resolveram:

“1. Determinar que a aplicação transfusional de sangue e hemoderivados, patrocinada com recursos previdenciários, seja precedida pelos

testes sorológicos necessários à detecção e confirmação da infecção pelo agente *Aids*”;

“2. Determinar que, pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, a Secretaria de Serviços Médicos e a Direção-Geral do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social — INAMPS, e, pelo Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Sangue e Hemoderivados — *Pró-Sangue*, e o Programa Nacional de Controle e Prevenção da *Aids*, no prazo de 60 (sessenta) dias, normatizem acerca das medidas necessárias para a viabilização desta decisão, o estabelecimento dos centros de referência para a realização dos exames laboratoriais, mecanismos de pagamentos desses atos e formas de garantia do efetivo controle de qualidade das transfusões realizadas”.

Se a autoridade administrativa já manifestava, desde o início dos anos oitenta, acentuada preocupação no que tange à pureza de qualidade do *sangue* e *hemoderivados*, com justas razões estabeleceria “normas e procedimentos” recomendando “a observância nos estabelecimentos de ensino” desses procedimentos e normas visando à “prevenção da infecção pelo HIV e AIDS”, cristalizadas na Portaria Interministerial n.º 796, de 29 de maio de 1992, na qual, invocaria as “atribuições que lhes confere o art. 87, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal” (ou seja, “praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República”, na condição de Ministro de Estado); e “considerando o dever de proteger a dignidade e os direitos humanos infectadas pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV); considerando que tem ocorrido injustificadas restrições a esses direitos no País; considerando que não foi documentado nenhum caso de transmissão mediante contatos casuais entre pessoas em ambiente familiar, social, de trabalho, escolar ou qualquer outro; considerando que a educação é direito constitucionalmente definido e que o ensino fundamental é obrigatório na forma do Título VIII, Capítulo III, Seção I da Constituição Federal; considerando que a ampla informação sobre a infecção pelo HIV é estratégia para eliminar o preconceito contra portadores e doentes, e essa medida é essencial para o controle da infecção; considerando (ainda) que a limitação ou violação de direitos constitucionais à saúde, à educação e ao trabalho de pessoas infectadas pelo HIV não se justifica,” — resolveram recomendar: (art. 1.º)

“I — A realização de teste sorológico compulsório, prévio à admissão ou matrícula de alunos, e a exigência de testes para manutenção da matrícula e de sua frequência nas redes públicas e privadas de todos os níveis, são injustificadas e não devem ser exigidas.

II — Da mesma forma não devem ser exigidos testes sorológicos prévios à contratação e manutenção do emprego de professores e funcionários, por parte de estabelecimentos de ensino.

III — Os indivíduos sorologicamente positivos, sejam alunos, professores ou funcionários, não estão obrigados a informar sobre sua condição à direção, a funcionários ou a qualquer membro da comunidade escolar.

IV — *A divulgação de diagnóstico de infecção pelo HIV ou de AIDS de que tenha conhecimento qualquer pessoa da comunidade escolar, entre alunos, professores ou funcionários, não deve ser feita.*

V. — *Não deve ser permitida a existência de classes especiais ou de escolas específicas para infectados pelo HIV". (Grifou-se.)*

Por outro lado, no seu art. 2.º, *caput*, a referida Portaria n.º 796/92 recomenda "a implantação, onde não exista, e a manutenção e ampliação, onde já se executa, de projeto educativo, enfatizando os aspectos de transmissão e prevenção da infecção pelo HIV e AIDS, dirigido a professores, pais, alunos, funcionários e dirigentes das redes oficial e privada de ensino de todos os níveis, na forma do anexo" que será objeto de abordagem, logo a seguir. E nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 2.º, em foco, a Portaria Interministerial em comento assinala: a) — que "o projeto educativo de que trata o *caput* deste artigo deverá ser desenvolvido em todos os estabelecimentos de ensino do País, em todos os níveis, com participação e apoio dos serviços que compõem o Sistema Único de Saúde" (§ 1.º); b) — que "os conteúdos programáticos do projeto educativo deverão estar em consonância com as diretrizes do Programa Nacional de Controle das Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS do Ministério da Saúde" (§ 2.º); c) — que "os resultados do projeto educativo serão avaliados pela Coordenação do Programa Nacional de Controle das Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS e seus relatórios encaminhados periodicamente aos Ministros da Educação e da Saúde". Portaria chancelada pelos Ministros José Goldenberg (da Educação) e Adib Jatene (da Saúde).

Por sua vez, o Anexo à Portaria n.º 796/92, de que trata o art. 2.º, *in fine*, daquele ato normativo, sob a epígrafe *AIDS nas Escolas*, após uma *Introdução*, *discorre sobre cinco tópicos*, quais sejam: I — *Situações Gerais*, II — *Situações Específicas*, III — *Controle de Infecções*, IV — *Sorologia*, e V — *Confidencialidade*.

Na *Introdução*, o Anexo à Portaria n.º 796/92, após assinalar que "há preocupação legítima por parte de pais, professores, funcionários e até das próprias crianças, em escolas de primeiro grau, quanto a eventuais riscos de transmissão do vírus da AIDS no ambiente escolar", destaca que "medidas habituais de higiene, inclusive nos sanitários de uso comum, devem ser respeitadas"; e adverte que "outras infecções, além da provocada pelo HIV, podem ser transmitidas pelo sangue", tais como "a hepatite, pelo vírus B", que "nunca mereceu destacada atenção (e) nem causou episódios de pânico e discriminação, o que mostra não ser racional nem uma coisa nem outra, quando está em foco a AIDS". E, acrescenta que, "diante

desse fatos, é judicioso que as escolas do primeiro grau preparem-se para implantação de precauções pertinentes ao sangue, envolvendo todos os alunos, sem nenhuma preocupação com informações advindas de exames sorológicos”, concluindo que “as precauções, indicadas nesta instrução possuem da mesma forma o valor de prevenir outras moléstias potencialmente transmissíveis por sangue, além da infecção pelo HIV”.

A propósito do tópico *situações gerais*, indaga, a instrução normativa: “É segura a convivência com pessoas infectadas pelo vírus da AIDS na comunidade escolar?”, tendo resposta afirmativa, pois “o vírus da AIDS não é transmitido pelo contato casual cotidiano”, eis que “o HIV (vírus da AIDS) é mais freqüentemente transmitido através de relações sexuais e pelo uso comum de agulhas e seringas infectadas”.

Com respeito às *situações específicas*, a instrução interministerial focaliza as *mordidas*, com a informação de “que mordeduras não constituem meio de transmissão do HIV”, pois “há evidências de que a saliva pode bloquear a ação infectante do HIV”.

No tópico *controle de infecções* responde à indagação sobre “como os fluidos corpóreos podem ser manipulados na comunidade escolar, para prevenir a infecção pelo HIV”, — com a mais absoluta segurança — que “não existe nenhuma evidência na transmissão do HIV através de vômitos, saliva, secreção nasal, fezes ou urina”, recomendando, entretanto, que esses fluidos “podem transmitir outras infecções como *Hepatite A*”, impondo-se “a adoção dos seguintes procedimentos: O uso de luvas de latex ou papel toalha para limpeza da criança; lavar as mãos com água e sabão após o atendimento de cada criança”.

Quanto à *sorologia*, a instrução orienta que “não existe indicação médica para triagem sorológica de estudantes ou funcionários de escolas, nem para admissão, nem para manutenção de matrícula e/ou emprego”.

Sobre o tema *confidencialidade*, adverte, a instrução normativa, que, “em nenhuma hipótese os resultados de testes anti-HIV, eventualmente realizados, poderão ser divulgados”. E acrescenta: “Aqui, como em qualquer outra situação relacionada a esta síndrome, a privacidade do indivíduo e da família deve ser sempre respeitada. A perda do sigilo, como já ocorreu, pode levar a preconceitos, com rejeição ou isolamento, acarretando sérios problemas para o indivíduo e sua família. Assim, qualquer informação sobre o estado clínico ou laboratorial deve ser estritamente confidencial”. E exemplifica: “Em casos específicos de indivíduos com sintomatologia, caberá ao médico assistente ou autoridade sanitária, estabelecer as medidas de proteção ao indivíduo e à comunidade escolar”.

E *particulariza*: “Em algumas situações, definidas pelos profissionais de saúde, poderá ser necessário que pessoas da escola saibam da condição do infectado”, como nos “casos da necessidade de medicação específica, de

ausências para tratamento e na eventualidade de algum surto de doenças infecto-contagiosas na escola (ex.: catapora, sarampo) que poderá exigir medidas de proteção à criança portadora do HIV”.

E conclui:

“Existe risco para a comunidade escolar quando uma criança, quer seja positiva ou negativa para o vírus da AIDS, desenvolve doenças como tuberculose ou meningite. Nestes casos, mas só nestes casos, recomenda-se o afastamento temporário da escola.”

Eis, em síntese, as recomendações dos Ministérios da Educação e Cultura, e da Saúde, cristalizadas na referida Portaria Interministerial n.º 796, de 29 de maio de 1992, e na instrução normativa configurada no seu Anexo.

Como *doença de notificação compulsória*, nos termos da Lei n.º 6.259/75, do Decreto n.º 78.231/76, e de outros documentos ministeriais que lhes são concernentes, incide, o médico, nas penas do crime de *omissão de notificação de doença*, tipificado no art. 269 do Código Penal, cuja conduta assim está prevista:

“Art. 269 — Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena — Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Quando se tratar “das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho”, sua *notificação* é, igualmente, *obrigatória*, ex vi do art. 169 da Consolidação das Leis do Trabalho.

3. A casuística lotense

A problemática da *Aids/Sida* tem repercutido na Justiça, com decisões felizes. Ao que parece, decisão pioneira foi a do Juiz Felipe Haddad, titular da 3.ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro:

“No dia 25 de abril (de 1990?), Haddad concedeu liminar à medida cautelar impetrada em favor do ator carioca Edgard Gurgel Aranha, doente de *Aids*. Pela liminar, a *Sul América Companhia Nacional de Seguros* da qual Aranha é segurado, ficava obrigada a cobrir as despesas do ator com o tratamento. Ficava, também, a *Clínica Bambina Ltda.*, na qual Aranha estava internado, obrigado a acolhê-lo” (J. C. Baumann/M. L. Espírito Santo, in “Sistema Imunológico/ Fortalecer ou Enfraquecer/ Um Grande Desafio”, 1.ª ed., Editora Paraná Livros, Curitiba, p. 169).

Caso mais recente, o da garota Sheila Cortopassi, — rejeitada pelo *Colégio Ursa Maior*, de São Paulo, que a mídia repercutiu por todo o território nacional.

Devido à sua especificidade, e aos ecos no seio da comunidade, *O Estado de S. Paulo* reuniu, em Mesa Redonda, alguns juristas de expressão, quer pela sua notoriedade, quer pelo seu intrínseco relacionamento com o episódio judicial, quais sejam: Adib Salomão, advogado do *Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino*; José Roberto Batochio, presidente da *Ordem dos Advogados do Brasil*, Seção de São Paulo; Manuel Alceu Affonso Ferreira, Secretário da Justiça de São Paulo; Renato Martins Costa, presidente da *Associação Paulista do Ministério Público*; e o Juiz do *Caso Sheila*, Theodoro Cambrea Filho, matéria central do suplemento *Justiça* n.º 34, edição de 20 de junho de 1992, pp. 4 e 5.

Eis, em resumo, as respostas a três indagações formuladas pelo “*O Estadão*”, trabalho coordenado pelos jornalistas Milton Rondas e Mauro Mello.

Primeira pergunta — Existem fundamentos jurídicos para apoiar decisão de escolas que recusam alunos portadores do vírus da *Aids*? Quais são?

1. *Adib Salomão* — “... Vale ressaltar que a escola não vetou a matrícula da criança portadora do vírus da *Aids*. Suscitou o debate, pediu orientação ao Poder Público e o fez com base jurídica, apoiada no cumprimento do art. 8.º da Lei n.º 6.259, de 30 de outubro de 1975, que obriga a notificação compulsória às autoridades sanitárias de doenças transmissíveis. E a Portaria n.º 542, de 22 de dezembro de 1986, do Ministério da Saúde, fez incluir, como doença a ser obrigatoriamente notificada, a *Aids*. E esta notificação é feita para que a autoridade sanitária estabeleça para o caso medidas de controle adequado, nos termos do art. 24 do Decreto n.º 78.231/76”.

Dispõe o referido dispositivo:

“Art. 24 — Face à notificação de doença, de notificação compulsória, a Autoridade Sanitária mobilizará os recursos do Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica, de modo a possibilitar, na forma regulamentar, as ações necessárias ao esclarecimento do diagnóstico, à investigação epidemiológica e adoção das medidas de controle adequadas” (Decreto n.º 78.231, de 12 de agosto de 1976).

2. *José Roberto Batochio* — “Não existe qualquer respaldo jurídico para esse tipo de atitude discriminatória. É ela contrária à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico vigente. De fato, se analisarmos o art. 5.º, inciso XLI, da Carta Magna, verificaremos que ali está disposto que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Sabemos todos que um dos direitos fundamentais é o direito à educação. É o que se afirma no art. 227 da própria Constituição Federal,

que dispõe: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Portanto, qualquer discriminação em relação a uma criança que pretenda exercer o seu direito constitucional de se educar, de se instruir, se mostra flagrantemente ilícita. Há, ainda, o fato de que o art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que constitui crime “submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento” (*Pena* — Detenção de 6 meses a 2 anos). É, sem dúvida, um vexame, um constrangimento, vedar o acesso de crianças à instrução, sob o pretexto de que elas sejam portadoras do vírus HIV”.

3. *Manuel Alceu Affonso Ferreira* — “Inexistem válidos fundamentos para a recusa à matrícula desses alunos. A norma federal invocada pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo (Lei n.º 6.259, de 30-10-75) trata das ações de vigilância epidemiológica, do Programa Nacional de Imunizações, e estabelece regras sobre a notificação compulsória de doenças. Todas as ações administrativas ali previstas competem ao Ministério da Saúde, ou às Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, sem ingerência de outras entidades. Em nenhum dos preceitos da mencionada Lei n.º 6.259, como tampouco nos dispositivos da Portaria n.º 542 do Ministério da Saúde, pode ser encontrado qualquer fundamento à negativa da matrícula”.

4. *Renato Martins Costa* — “... A ciência médica, pela voz dos mais autorizados cultores, nacionais e estrangeiros, pacificou a todos de que a *Aids* se transmite apenas pelo contato sexual, ou sangüíneo. Diversos trabalhos médicos foram publicados, descartando a possibilidade do contágio dessa doença pelo simples contato corporal, com a saliva ou mesmo pelo ar. Ausente essa premissa, portanto, a discriminação é espúria, contrária aos direitos fundamentais do homem positivados na Constituição, seja quanto à educação, seja quanto à (proibição de) discriminação de qualquer natureza, seja ainda — e principalmente — quanto à privacidade e intimidade, que só comportam exceção, certamente, no que se refere ao conhecimento da autoridade de saúde pública. Entretanto, acabam afrontadas, brutalmente, a partir do estigma que recai sobre a criança por ser ela *aidética*”.

5. *Theodoro Cambrea Filho* — “O problema deve ser analisado sob duplo aspecto: médico e jurídico. Em tese, ou seja, resguardadas as peculiaridades de possível caso concreto, segundo pareceres médico-científicos, e respeitadas opiniões de especialistas em contrário, o vírus da *Aids* não se transmite por contato social, cotidiano ou casual. As formas comprovadas de contaminação se dão por contato sexual, secreção vaginal, pelo uso

comunitário de seringas e agulhas utilizadas por viciados em drogas, de mãe gestante para filho, e pelo sangue. Este último não deve ser manipulado sem o uso de luvas de borracha descartáveis, sabido ou não que o doador, acidentado ou ferido, seja ou não portador do vírus HIV. Pois hoje já não se pode mais falar em grupos de risco, mas, sim, pessoa de risco, porquanto potencialmente todos poderão estar contaminados. Aliás, de acordo com notícia veiculada pela imprensa e procedente da Organização Mundial de Saúde, até o ano 2000 haverá no mundo todo 120 milhões de infectados (110 milhões de adultos e 10 milhões de crianças). Não se devem (*sic*) desprezar também as normas de higiene. Sempre que houver derramamento de sangue, os locais atingidos deverão ser cobertos com álcool a 70%, ou hipoclorito de sódio a 1%, durante dez minutos, só se procedendo à remoção depois da adoção dessa providência. Os sanitários também devem merecer freqüentemente os mesmos cuidados. Ora, se os portadores do vírus HIV apenas remotamente podem colocar em risco a vida de outras pessoas, cujos direitos também são garantidos pela Constituição Federal (art. 5.º), não há impedimento de ordem médica para a freqüência escolar, sem prejuízo das normas de prevenção e higiene, que, por sinal, devem ser observadas em todos os campos de atividade humana. Também não pode haver de ordem jurídica, mormente porque a educação é um dos direitos sociais “de todos e dever do Estado e da família”, conforme a Constituição. Por isso, “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (arts. 6.º e 205 da Constituição). Assim, não se pode concordar que se impeça o acesso de toda pessoa humana à escola, visto que, se isso ocorresse, viria a engrossar o grande número de analfabetos e iletrados, o que contribuiria para a degradação do padrão de vida, aumentando, ainda mais, o problema social”.

Segunda pergunta — Sob o ponto de vista do Direito, é admissível a orientação do *Sindicato de Estabelecimentos de Ensino* a seus filiados para vetar crianças contaminadas pelo vírus?

1. *Adib* — (...) “Recentemente, os Ministérios da Saúde e da Educação, reconhecendo a preocupação como legítima por parte de pais, professores, funcionários e até das próprias crianças, baixaram a Portaria Interministerial n.º 796, de 29 de maio, que, após diversos considerandos de ordem constitucional e médico-legal, não ousou estabelecer qualquer obrigação da escola particular em receber crianças aidéticas. Estabeleceu recomendações e orientações. Do ponto de vista legal, não há nada que obrigue a escola particular a receber crianças portadoras de qualquer doença ou de comportamento diverso daquele que a escola está preparada para receber. Conhecendo a *Aids* como conheço, não vejo o porque proibir. Julgo ser humano e solidário quem aceita sem afrontar os demais alunos; mas, como obrigação, não diviso dispositivo legal que obrigue a fazê-lo. O direito público subjetivo ao ensino é do Poder Público”.

2. *Batochio* — “Esta orientação é afrontosa à Constituição e ao direito posto. Entendo, ainda, que isto, teoricamente, pode caracterizar o delito de incitação ao crime previsto no art. 286 do Código Penal, que assim dispõe: — “Incitar publicamente a prática de crime, pena: detenção de três a seis meses ou multa”. (...) Por esta razão, antes de encontrar amparo na lei, entendo que essa orientação colide com ela”.

3. *Manuel* — “Está na Constituição Federal, como princípio relativo ao ensino, também aplicável ao ministrado pela iniciativa privada (art. 209, I), o da “igualdade de condições para acesso e permanência na escola” (art. 206, I). Vale ainda lembrar que a Constituição desacolhe os preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e “quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3.º, IV), ordenando que o legislador ordinário puna “qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5.º, inc. XLI) e inadmitindo seja alguém submetido a “tratamento desumano ou degradante” (artigo 5.º, III). Também na Lei Maior ficou prevista, como dever da família, da sociedade e do Estado, a tutela protegendo a criança e o adolescente de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 227, *caput*). Acrescenta-se que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, são eles sujeitos de todos os direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição e nas leis (artigos 3.º e 15), repetindo-se a regra constitucional de igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola (artigo 53, I). Anote-se que o menor tem o “direito de ser respeitado por seus educadores” (art. 53, II). Portanto, resulta pacífico de toda a disciplina constitucional e do ordenamento legislado ser inadmissível, porque injurídica, a orientação sindical de recusa à matrícula das crianças portadoras do vírus HIV”.

4. *Renato* — (...) “O Sindicato, muito embora se proponha a fim lícito, não pode orientar seus filiados à prática de conduta que conduz à violação de direitos fundamentais do ser humano, assegurados expressamente na Constituição, pois estaria se prestando, nesse particular, a incitar o desrespeito à ordem jurídica, fomentando a discriminação não permitida e a ofensa à intimidade e privacidade do portador da doença, com a agravante de se tratar de criança”.

5. *Theodoro* — “Abstraindo-se eventual conotação com entidade de classe, e pela resposta dada à primeira questão, não seria, juridicamente, admissível orientação nesse sentido”.

Terceira pergunta — Qual é a orientação jurídica mais correta em relação a esse problema?

1. *Adib* — “... Juridicamente considero, do ponto de vista pessoal, que não há razão para impedir; mas, do ponto de vista legal, no entanto, não vejo como obrigar a fazê-lo na escola particular”.

2. *Batochio* — “Em relação à criança discriminada, entendo que os pais ou responsáveis legais devam buscar no Poder Judiciário, através de mandado de segurança, o asseguramento do direito constitucional de (e) essa criança ter acesso a instrução. Não se justificando, por nenhuma forma, esta odiosa discriminação que é, antes de tudo, inconstitucional, ilegítima, injurídica e desumana”.

3. *Manuel* — “Não há razoável dúvida técnica quanto à inexistência de risco de transmissão do vírus da *Aids* no ambiente escolar pela simples circunstância da presença, no estabelecimento, de alunos contaminados. Foi nesse sentido o pronunciamento da Comissão Científica da Secretaria da Saúde, o da coordenadora do Programa Nacional de Prevenção à *Aids* do Ministério da Saúde; como também o dos renomados especialistas consultados, e aqueles que espontaneamente se pronunciaram. Assim, ausente uma razão científica que justifique a segregação, o tratamento jurídico do assunto há de seguir os cânones da Constituição e do Estatuto do Menor, todos eles repelindo qualquer forma de discriminação. As pessoas prejudicadas pela discriminação devem seguir o mesmo caminho adotado no caso da menor Sheila, e que possibilitou, na medida cautelar impetrada, a prolação de uma alentada e bem escorada sentença judicial, aliás coincidente com a jurisprudência norte-americana já antes formada”.

4. *Renato* — (...) “Tendo presente que a educação, privacidade, intimidade e a proibição à discriminação de qualquer natureza são direitos do homem, o primeiro de natureza social e os demais individuais, previstos na Constituição Federal, o ato da escola, consistente na recusa de acolher como aluno a criança aidética representa, em essência, impedimento ao ensino. E este, mesmo quando prestado por particulares, não perde a sua natureza de serviço público essencial, como tal definido pela própria Constituição, razão pela qual tem cabimento a via do mandado de segurança. Nada impede, entretanto, que se utilize a via ordinária, precedida de medida cautelar, sempre que peculiaridades no caso concreto assim o recomendem, especialmente quando se queira também deduzir pretensão indenizatória por eventuais danos morais” (...).

5. *Theodoro* — “Salvo melhor juízo, a orientação jurídica mais indicada para esse problema seria o respeito igualitário do direito de cada uma das pessoas envolvidas no problema. Ou seja, do estudante infectado, especialmente quanto ao respeito a sua dignidade humana e sigilo sobre sua doença, cuja divulgação não deve ser feita além dos limites estritamente necessários; e da instituição de ensino, do corpo docente e demais alunos e funcionários da escola. Esgotadas as formas recomendáveis de negociação prévia, e sem qualificação antecipada de eventual atitude lesiva de direito, a parte que se julgar prejudicada poderá recorrer ao Poder Judiciário. Este, por definição constitucional, é o órgão competente para julgar os conflitos de interesses, relativos à lesão de direito individual ou coletivo”.

4. A casuística da Aids na Justiça penal de Goiás

A Constituição Federal, art. 84, XII, dispõe textualmente:

"Art. 84 — Compete privativamente ao Presidente da República:
(omissis)

XII — conceder *indulto* e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei."

O instituto do *indulto*, como causa extintiva da punibilidade, no art. 107, II, do Código Penal:

"Art. 107 — Extingue-se a punibilidade:
(omissis)

II — pela anistia, graça ou *indulto*" (grifou-se). Com a redação que lhe deu a Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984.

A matéria foi, por igual, tratada no Código de Processo Penal:

"Art. 741 — Se o réu for beneficiado por *indulto*, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no art. 738".

Ou seja: "... Declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena".

Também a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984) cuidou do instituto, disciplinando nos arts. 188 *usque* 193 o *indulto*, assinalando que "poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa", regulando, nos artigos subsequentes ao art. 188 o seu procedimento.

Com fulcro no referido art. 84, XII, o Presidente da República baixou o Decreto n.º 98.389/89, cujo art. 2.º, III, autorizava a concessão do benefício aos presidiários de todo o País que se encontrassem "em estado avançado de qualquer doença grave, ou de moléstia incurável e contagiosa, assim diagnosticada por laudo médico oficial".

Com apoio nesse Decreto, o presidiário RAIMUNDO NONATO RODRIGUES ROCHA pleiteou seu enquadramento naquele dispositivo, tendo, a matéria, sido encaminhada ao Conselho Penitenciário, para emitir parecer, *ex vi* do art. 736 do Cód. Proc. Penal; e do art. 190 da Lei de Execução Penal.

Distribuído ao Conselheiro José Luiz Dias, que lhe deu parecer favorável, o processo foi, com vista, ao Conselheiro Eni Cabral que o

devolveu ao Conselho Penitenciário, a 18 de janeiro de 1990, com parecer desfavorável, no qual aduz, à guisa de conclusão:

"a) Impõe-se a realização de acompanhamento médico especializado/HDT, ao Requerente, visando (a) orientações e medidas preventivas inibidoras do desencadeamento da AIDS, além do aconselhamento pessoal que já ocorre e deverá ser incrementado pelas psicólogas.

b) O Requerente e demais reeducandos em situação análoga deverão ser reinseridos numa rotina de trabalho, findando a inadequada e prejudicial segregação, fruto da desinformação, a que foram subordinados pela Administração prisional.

c) A Secretaria da Justiça em convênio com o Ministério da Saúde/SUDS deverá promover ampla campanha de esclarecimento à Administração, funcionários e reeducandos do CEPAIGO quanto à AIDS; *promovendo* todas as medidas de prevenção contra a disseminação da AIDS.

d) RAIMUNDO NONATO RODRIGUES ROCHA e demais colegas em igual situação deverão ser submetidos a um exame médico completo, no HDT, visando a apuração da real situação de saúde de cada um e, se confirmado tratar-se de *portador assintomático* do vírus da AIDS, deverá cumprir normalmente sua pena, sob a vigilância médica/psicológica que seu estado requer, reconhecendo-se que o fato de encontrar-se preso lhe ensejará um melhor atendimento frente à proteção que lhe dá a Lei de Execução Penal.

e) Atualmente, pelo que dos autos consta, não faz jus o Requerente ao *indulto* pleiteado, por falta de amparo legal, tendo o Requerente registrado em diálogo que mantivemos no CEPAIGO, desejo de trabalhar."

Vê-se que o reeducando Raimundo Nonato Rodrigues Rocha e mais alguns presidiários que cumpriam, à época, pena privativa de liberdade no CEPAIGO, eram *portadores do vírus da Aids*, mas *não eram aidéticos*.

Curioso é que, mesmo assim, o serviço médico daquela penitenciária havia dado parecer favorável à pretensão dos reeducandos, e foi à imprensa para sensibilizar a mídia na pressão à orientação do Conselho Penitenciário, e à decisão do órgão jurisdicional.

O parecer divergente do Conselheiro Eni Cabral foi aprovado pelo Conselho Penitenciário; e o Juiz Ney Telles de Paula proferiu fundamentada sentença, negando o *indulto* pleiteado pelos soropositivos do CEPAIGO.

Não há notícia de que os peticionários hajam impetrado recurso ao Egrégio Tribunal de Justiça.

5. Conclusão

Tanto os *aidéticos* quanto os *soropositivos* tem direito à *cidadania* cristalizados na Constituição Federal, arts. 1.º, II, 5.º e 22, XIII. Direito minudenciado na legislação ordinária — leis, decretos e portarias ministeriais.

Após o horror e o pânico causados à população pela *moléstia do século*, a comunidade começa a ceder à compreensão e à compaixão.

De várias partes do planeta, e em nosso País também, surgem manifestações de solidariedade a esse segmento infeliz de nossa sociedade, para apoiá-lo na sua legítima aspiração de cura, no seu esforço pelo controle da doença, ou num fim digno e menos doloroso.

Assim é que a *Rede Brasileira de Solidariedade (ONGs/AIDS)*, reunida em Porto Alegre, no mês de outubro de 1989, após considerar que "a *Aids*, do ponto de vista da Medicina, é uma doença como as outras; que a *Aids* é uma epidemia mundial e é preciso um esforço coletivo mundial para detê-las que não existe perigo de contágio da *Aids* exceto através das relações sexuais, de transfusão sanguínea e da passagem da mãe ao feto ou bebê", — aprovou a *Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da Aids* em proclamação contendo dez tópicos que poderiam ser reduzidos em sete:

1. Todo portador do vírus da *Aids* tem direito à assistência e ao tratamento, dados sem qualquer restrição, garantindo sua melhor qualidade de vida.

2. Nenhum portador do vírus será submetido a isolamento, quarentena, ou qualquer tipo de discriminação.

3. Todo portador do vírus da *Aids* tem direito a participação em todos os aspectos da vida social, devendo ser considerada discriminatória e punida por lei toda ação tendente a recusar-lhe emprego, alojamento, assistência, ou privá-lo de participar em atividades coletivas.

4. É defesa qualquer referência à doença de alguém, passada ou futura, ou ao resultado de seus testes de *Aids*, sem o consentimento da pessoa envolvida, em homenagem à sua privacidade.

5. Ninguém será submetido a teste de *Aids* compulsoriamente, em caso algum, o qual deverá ser usado, exclusivamente, para fins diagnósticos, para controle de transfusões e transplantes, e estudos epidemiológicos.

6. Todo portador do vírus tem direito a comunicar apenas às pessoas que deseja seu estado de saúde, ou o resultado dos seus testes.

7. O portador do vírus tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva, e à plenitude dos direitos da cidadania.

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (ingüenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Deixamos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

Publicações Disponíveis:

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 — Unidade de Apoio I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 10, 13, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 118.

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

- Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 110

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.

(Obs.: esta obra encontra-se em fase final de atualização)

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987

- *Volume 1:* Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polónia; Romênia; Tchecoslováquia.

(ESGOTADA)

- *Volume 2:* Costa Rica, Nicarágua.
- *Volume 3:* Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4:* Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5:* Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6:* Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS — 1989. 5 volumes — Textos das Constituições Estaduais promulgadas em 1989. Índice temático comparativo.

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

- *Volume 1*: Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).
- *Volume 2*: Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).
- *Volume 3*: Anteprojeto de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e exercício da atividade mercantil (1964); Títulos de Créditos (1964).
- *Volume 4*: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).
- *Volume 5*: — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972). *Tomo 2*: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.^a edição — 1987

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados. Índice temático comparativo.

SENADO FEDERAL — REGIMENTO INTERNO

- (Resolução n.º 93, de 1970. Texto editado em virtude da Resolução n.º 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 51, 58, e 63 de 1989 e 1, 9, 17 e 52, de 1990).

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO

- Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

- Comentários por João Barbalho U.C.
- Edição *Fac-Similar* dos Comentários à Constituição Federal de 1891
411 págs.

VULTOS DA REPÚBLICA

- Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco
- Ciclo de Estudos comemorativo do Centenário da República, organizado pelo Instituto de Ciência Política da Fundação G. Vargas
86 págs.

LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO DE 1988

- Referentes aos anos de 1988 a 1991 (n.º 59/88 a 70/91)
45 págs.

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO: 1826 a 1993

90 págs.

OS INCONFIDENTES JOSÉ DE RESENDE COSTA (PAI E FILHO) E O ARRAIAL DA LAJE

- Homenagem ao Sesquicentenário da morte de José de Resende Costa, Filho (17-6-1841 — 17-6-1991) e ao Bicentenário da morte de Tiradentes e da condenação dos Resendecostenses José de Resende Costa, Pai e José de Resende Costa, Filho
- Autor: Rosalvo Gonçalves Pinto
22 págs.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO (1.º Volume)

- *Tema:* Defesa da Concorrência no Mercosul
- *Autor:* Professor Werter Faria
71 págs.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO (2.º volume)

- *Tema:* A Defesa contra as práticas desleais na Europa, um exemplo a seguir?
- *Autor:* Professor Werter Faria
100 págs.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO (3.º volume)

- *Tema:* ZPE's Brasileiras: A necessidade de mudanças no contexto do MERCOSUL

MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE TEXTOS DO CEFRAF

- Normas básicas de editoração para a elaboração de originais, composição e revisão.
2.ª edição — 99 págs.

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL (O.S. 8479/89 — 3438/91)

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL — Volume 2 — Tomo 2

REGIMENTOS INTERNOS: SENADO FEDERAL — CÂMARA DOS DEPUTADOS — COMUM (CONGRESSO NACIONAL) — incluindo índices temáticos e tabela comparativa.

**REDE DE BIBLIOTECAS DEPOSITÁRIAS DAS
PUBLICAÇÕES DA SUBSECRETARIA DE
EDIÇÕES TÉCNICAS**

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdade de Direito

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.