

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO/SETEMBRO 1998

BRASÍLIA • ANO 35 • Nº 139



SENADO FEDERAL
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 139

julho/setembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (061) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (061) 311-4258. E-Mail: ssetec@admss.senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva e Wellington de Araújo Moreira

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Maria Celeste Ribeiro

REVISÃO DE PROVAS: Lizandra Nunes M. da Costa, Marcelle Carvalho Dela Bianca,
Maria de Jesus Pimentel, Rita de Cássia Viana Gama e Roberta
Negromonte Vasconcelos

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Paulo Henrique Ferreira Nunes

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. - -
Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de
Edições Técnicas, 1964- . .

v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-
33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, nº 34-, publ. pela Subsecretaria
de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 35 · nº 139 · julho/setembro · 1998

Judith Martins-Costa	O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro 5
Andreas Joachim Krell	Concretização do dano ambiental. Algumas objeções à teoria do “risco integral” 23
Patrícia Bezerra de M. Galindo da Fonseca	Anotações pertinentes à regulamentação sobre trans- missão de risco: Convenção da ONU de 1980, <i>Incoterms</i> e Código Civil brasileiro 39
Diogenes Gasparini	Novo Código de Trânsito – os Municípios e o policia- mento 57
Iacyr de Aguiar Vieira	A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse 71
Daniel Jardim Pardini	O déficit público brasileiro: uma perspectiva histórica do Império ao Plano Cruzado 83
Bernardo Leôncio Moura Coelho	A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969 93
Dilvanir José da Costa	O sistema da posse no Direito Civil 109
Sílvio Dobrowolski	Novas considerações sobre o crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições 119
Lafayette Pondé	Controle dos atos da Administração Pública 131
Bernardo Pimentel Souza	Ação rescisória de decisão proferida em ação rescisória 137
Derly Barreto e Silva Filho	O controle da legalidade diante da remoção e da inamo- vilidade dos advogados públicos 143
Clauro Roberto de Bortolli	Crimes envolvendo militares e militares estaduais entre si. Qual a Justiça competente? 155
Fábio Bittencourt da Rosa	Medida Provisória nº 1.571/97, art. 7º, § 7º 161
Anildo Fabio de Araujo	Publicidade oficial e a lei eleitoral 169
Guilherme José Purvin de Figueiredo e Solange Teles da Silva	Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de Direito Público na Lei nº 9.605/98 173

Rogério Soares do Nascimento	A constitucionalidade da contribuição para o salário- educação 189
Fábio Cardoso Correia	As eleições e os concursos públicos 195
Edilson Pereira Nobre Júnior	Da perda e suspensão dos direitos políticos 203
Mauro Roberto Gomes de Mattos	Da legalidade da antecipação de tutela contra o Poder Público – controle efetivo dos atos administrativos 217
Carlos Alberto Bittar Filho	Apontamentos sobre a nova lei brasileira de direitos autorais 231
Jorge Rubem Folena de Oliveira	A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro 235
Luiz O. Amaral	Do injusto ônus processual para se executar obrigação pecuniária 245
Antonio Cezar Lima da Fonseca	Ação penal nos crimes de imprensa e o Projeto de Lei nº 3.232-A de 1992 253
Jorge Bacelar Gouveia	A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa 261
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Constituição, soberania e Mercosul 283

O Direito Privado como um “sistema em construção”

As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro

JUDITH MARTINS-COSTA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As cláusulas gerais e o modelo de Código na contemporaneidade: a) Características das cláusulas gerais; b) A estrutura das cláusulas gerais; c) As funções das cláusulas gerais. 3. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro: a) A função social do contrato; b) A cláusula geral da boa-fé objetiva. 4. Conclusão.

“Siamo stati troppo abituati alle virtù taumaturgiche del legislatori; siamo stati troppo affidargli il monopolio della produzione giuridica; siamo stati troppo abituati all’ossequio della legge in quanto legge, cioè in quanto autorità e forma”.

(Paolo Grossi, *Prefazione* ao vol. 50 de Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Florença, 1996, p. VI).

1. Introdução

Ao encerrar, no Senado Federal, a votação do Projeto do Código Civil, apresentou o seu relator, Senador Josaphat Marinho, substancial estudo no qual ressaltou a circunstância de mover-se o legislador no espaço que entremeia a *prudência e a flexibilidade*¹, espaço e caminho adequados para solver a questão: é hora de (re)codificar-se o Direito Civil?

A esta indagação subjaz outra, mais fértil e inquietante, qual seja, a de saber se é possível afirmar-se a existência de um *sistema de direito privado*, vale dizer, de um conjunto normativo *sistematicamente compreensível* e passível de apreensão em um *corpus* codificado. Respondendo afirmativamente à questão – àquela expressa, e à que nela vem implícita –, assinalou o

Judith Martins-Costa é Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

Relator que a mesma prudência recomendatória do prosseguimento do trabalho legislativo indicava dever proceder-se “com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir *clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção*, e portanto adequado a *recolher e regular mudanças e criações supervenientes*”².

Já aí, fixou Josaphat Marinho determinadas concepções – “segurança e flexibilidade”, ou “sistema em construção”, ou ainda, a idéia da possibilidade de o sistema recolher e regular “mudanças e criações supervenientes” – que parecem não estar sendo bem enfocadas por parte da comunidade jurídica na crítica promovida ao projeto do novo Código Civil. É talvez, por isso, oportuno retornar aqui ao tema das cláusulas gerais³, sob a perspectiva da *construção e reconstrução* do Direito Privado na contemporaneidade, tendo em vista, notadamente, as necessárias interrelações entre o Código Civil, a Constituição Federal e as leis que, regulando matéria especial, compõem o que se convencionou chamar de microssistemas legislativos.

Desde logo, assento uma premissa que vale, paradoxalmente, como conclusão: a razão de visualizar o novo texto legislativo à luz das suas cláusulas gerais responde à questão de saber se o sistema de direito privado tem aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, de modo a ensejar a formação de *modelos jurídicos*⁴ inovadores, abertos e flexíveis. Em outras palavras, é preciso saber se, no campo da regulação jurídica privada, é necessário, para ocorrer o progresso do Direito, recorrer-se sempre à punctual intervenção legislativa ou se o próprio sistema legislado poderia, por si, proporcionar os meios de se alcançar a inovação, conferindo aos novos problemas soluções *a priori* assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização.

A questão ora posta como premissa vale como conclusão porque, desde logo, afirmo que o Projeto do Código Civil possui uma tal aptidão, como procurarei demonstrar, já que a sua técnica legislativa privilegia as cláusulas gerais⁵. Mas é esse o ponto que, justamente, vem suscitando as maiores críticas ao Código, ora tido como perigosamente *falho e indefinido* ao aludir, por exemplo, à função social do contrato⁶, ora como *omisso*, por não ter detalhado temas polêmicos como a filiação advinda das técnicas de fertilização humana assistida ou por nada ter regrado em matéria de direito do consumidor⁷; outras vezes como *ultrapassado* e, inclusive,

ignorante da técnica de legislar mediante cláusulas gerais⁸, como se a codificação, hoje, ou já não tivesse sentido, ou dovesse ser feita ao molde daquela oitocentista, dominada pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Uma tal alternativa, contudo, enseja somente falsas questões, e falsas questões costumam suscitar falsas respostas.

No universo *craquelé* da Pós-Modernidade, não tem sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas, se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isso não significa que *nenhum modelo de código* possa regular as relações jurídicas da vida privada. A questão adequada, portanto, é: porque delineiam as cláusulas gerais o modelo de Código apto aos nossos dias (I)? Tão logo respondida, devo comprovar a asserção de que o Projeto realiza este modelo, identificando as cláusulas gerais contidas em seu texto (II).

2. As cláusulas gerais e o modelo de Código na contemporaneidade⁹

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, feita em modelos jurídicos abertos¹⁰. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes¹¹ –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios va-

lorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*.

A viabilidade das cláusulas gerais para permitir essa sistematização/resystematização nasce dos seus traços característicos, base de seu conceito (a), da sua estrutura (b) e funções (c).

a) Características das cláusulas gerais

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa¹² característica da segunda metade deste século¹³, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana¹⁴.

Por essa razão, nossa época viu irromperem, na linguagem legislativa, indicações de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social (o que tem sido chamado de diretivas ou “normas-objetivo”¹⁵), permeando-a também terminologias científicas, econômicas e sociais que, estranhas ao modo tradicional de legislar, são, contudo, adequadas ao tratamento dos problemas da idade contemporânea¹⁶. Mais ainda, os códigos civis mais recentes e certas leis especiais¹⁷ têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, não mais enucleando-se na definição, a mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas conseqüências.

Pelo contrário, esses novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados *intencionalmente vagos e abertos*, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese

e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de *concreção* desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Já por essas indicações, percebe-se o quão multifacetário é o perfil das cláusulas gerais, razão pela qual, na busca do seu conceito, a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características. Por isso, desde logo rejeitada a pretensão de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sendo relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à *técnica da casuística*, que o seu perfil poderá ser traçado.

A contraposição entre ambas as técnicas legislativas foi divulgada na muito conhecida obra de Karl Englich, traduzida em português como “Introdução ao Pensamento Jurídico”¹⁸. Este afirma¹⁹ que a casuística constitui

“a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”²⁰.

Essa noção é completada em outra obra na qual assenta:

“A casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma *concreção especificativa*, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais”²¹.

A casuística, também dita *técnica da regulamentação por *fattispecie**, é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados.

Ora, esta técnica legislativa provoca um efeito imediato no momento da aplicação/interpretação do texto legislativo. É que, em face da *tipificação de condutas* que promove, pouca

hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance, podendo aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como “subsunção”. Há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante ou típico, pré-figuração a ser levada em conta pelo intérprete, uma vez que o elaborador da lei optou por descrever a factualidade²².

Este caráter de *determinação ou tipicidade* que caracteriza a casuística vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal fator de rigidez – e por consequência, de envelhecimento – dos códigos civis. A razão está, conforme Natalino Irti, em que

“o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) a qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto²³”.

Por conduzirem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato²⁴, as disposições definitórias, tais como as da casuística, têm um caráter de *rigidez ou imutabilidade*, o qual acompanha a pretensão de completude, isto é, a ambição de dar resposta legislativa a todos os problemas da realidade²⁵.

Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da *mobilidade*, proporcionada pela intencional imprecisão²⁶ dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo, porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade²⁷.

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que *essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou por meio de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão dessas características, esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracteri-

zando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, *crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema*; esses elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a *ressistematização* desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico²⁸.

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites²⁹. É por isso evidente que nenhum código pode ser formulado apenas, e tão-somente, com base em cláusulas gerais, porque, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo. Verifica-se, pois, com frequência, a *combinação* entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, técnicas cuja distinção por vezes inclusive resta extremamente relativizada, podendo ocorrer, numa mesma disposição, “graus” de casuísmo e de vagueza³⁰.

Assim acontece, por exemplo, no vigente Código Civil Português: como bem lembra José Carlos Moreira Alves, este encontra-se fixado numa posição

“em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuísmo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito³¹”.

Com efeito, em matéria de direito das obrigações – considerando que aí reside o núcleo não só do direito civil, mas da inteira disciplina jurídica –, não se poderia colocar a alternativa “cláusulas gerais ou não”, devendo-se pensar na concomitância entre estas e a casuística pela mesma razão apontada.

A flexibilidade proporcionada pelas cláusulas gerais decorre de sua peculiar estrutura. A esta devem-se as funções que podem desenvolver no ordenamento codificado. Cabe, pois, examiná-las.

b) A estrutura das cláusulas gerais

Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de *tipo restritivo*, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de *tipo regulativo*, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de *tipo extensivo*, caso em que servem para ampliar determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária³².

Seja qual for o tipo da cláusula geral, o que fundamentalmente a caracteriza é a sua peculiar estrutura normativa, isto é, o modo que conjuga a previsão ou hipótese normativa com as conseqüências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas.

É bem verdade que o exame da estrutura das cláusulas gerais importa numa tomada de posição. Há os que, como English, entendem que as cláusulas gerais não possuem “qualquer estrutura própria” do ponto de vista metodológico³³, de maneira tal que estas não “existem” em sentido próprio, nada mais constituindo do que normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de “generalidade”. E há os que, como Cláudio Luzzati, afirmam que as cláusulas gerais constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajurídicas.

Consoante a primeira perspectiva de análise, as normas contidas em cláusulas gerais não exigiriam processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários³⁴. Podem, nessa medida, ser tidas como normas jurídicas completas, constituídas por uma previsão normativa e uma estatuição, com a particularidade de a previsão normativa, *Tatbestand*

ou *fattispecie*, não descrever apenas um único caso, ou um único grupo de casos, mas possibilitar a tutela de uma vasta gama (“generalidade”) de casos definidos mediante determinada categoria, indicada por meio da referência a um padrão de conduta (v.g., “conforme aos usos do tráfico jurídico”), ou a um valor juridicamente aceito (v.g., *boa-fé*, *bons costumes*, *função social do contrato*).

Já o segundo vetor indica que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas³⁵, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja *reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração*³⁶. É, portanto, o aplicador da lei, *direcionado* pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como *arquétipo exemplar da experiência social concreta*.

Esse direcionamento ocorre porque, diferentemente das normas formadas por meio da técnica da casuística – cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez, sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação –, a cláusula geral introduz, no âmbito normativo no qual se insere, *um critério ulterior de relevância jurídica*, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com determinado parâmetro e buscar, nesse confronto, certas conseqüências jurídicas³⁷ que não estão predeterminadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de *estabelecer o significado do enunciado normativo*; já no que respeita às normas formuladas por meio de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, *ao completar a fattispecie e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral*³⁸.

Dessa constatação deriva uma importante conclusão, a saber: a *incompletude* das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Significa, também que *o juiz tem o dever, e a responsabilidade*, de formular, a cada caso, a

estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral³⁹.

Os elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral. O seu recebimento pela cláusula geral torna-se compreensível se tivermos presente que esta constitui um *modelo jurídico complexo*⁴⁰ e de *significação variável*. É complexo porque, emoldurado em determinada fonte legislativa, tem a sua *fatis-pecie* completada por meio da concreção de elementos cuja origem *imediate* estará situada na fonte jurisprudencial, possuindo significação variável, posto alterar-se, esta, “em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradas⁴¹”.

Um valor moral ou determinado padrão de comportamento assim reconhecido como vinculante no mundo extrajurídico e retirado da prática da sociedade civil, se considerado por si só, não é, por evidente, norma juridicamente aplicável. Contudo, mediado pela fonte jurisprudencial, constituirá o conteúdo – e, portanto, o critério de aplicabilidade – dos modelos previstos nas cláusulas gerais (fonte legislativa). É que a experiência jurídica, entendida em sua globalidade, da prática cotidiana à legislação, à sentença e às elaborações científicas, traduz estes temas para a específica instância do jurídico, de modo a torná-los efetivos na ordem prática. E são justamente as cláusulas gerais, em razão de sua peculiar estrutura, a *categoria formal* que permite a sua constante e flexível tradução.

c) As funções das cláusulas gerais

A função que é, em primeiro lugar, atribuída às cláusulas gerais é a de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. O alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, especificar-se-á não só o sentido da cláusula geral, mas a exata dimensão da sua normatividade. Nessa perspectiva, o juiz é, efetivamente, a *boca da lei*, não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese, mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance.

A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas *vinculada*. Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas ou estão já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio⁴²), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem *normas de diretiva*, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma *generalizante*, isto é, com a função de uma *tipologia social*⁴³. Aí está posta, pois, a segunda grande função das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.

Conquanto tenham estas cláusulas função primeiramente individualizadora – conduzindo ao direito do caso –, têm, secundariamente, função generalizadora, permitindo a formação de instituições “para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito”⁴⁴. Assim, exemplificativamente, da cláusula geral da boa-fé são gerados os institutos da *supressio*, da *surrectio*, e a própria doutrina da responsabilidade pré-negocial, em seu perfil atual⁴⁵.

Atuam, ainda – e esta é relevantíssima função, nem sempre bem percebida – como *elemento de conexão* ou “lei de referência” para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os *casos precedentes*. Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexistia cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada pelo juiz “A” numa referência à equidade; pelo juiz “B”, ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual.

Em todas essas situações, a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, “a menos que seja facultado (ao juiz do caso atual) consultar toda a matéria de que se serviu o juiz (dos casos precedentes) na sua integralidade⁴⁶, o que se afigura, na prática, fantasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova –, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isso à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o *ponto de referência entre os diversos casos* levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes.

Têm ainda as cláusulas gerais a função de permitir à doutrina operar a *integração intra-sistemática* entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil – a “mobilidade interna”, a qual consiste, nas palavras de Couto e Silva,

“na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato”⁴⁷.

Por fim, viabilizam a *integração inter-sistemática*, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição⁴⁸ e as leis especiais. É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia⁴⁹. Com efeito, em alargado campo de matérias – notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos –, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que ao surgimento de cada problema novo não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.

Tenho ser esta, hoje, a mais relevante função das cláusulas gerais, pois viabilizará a compreensão do conceito contemporâneo de *sistema*, o que se apresenta relativamente *aberto* (viabilizando a introdução de novas hipóteses, sem, contudo, dispersar-se na cacofonia assistemática), móvel (marcado pelo dinamismo entre as hipóteses que contempla nas suas várias partes) e *estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo*⁵⁰. Como assegura Clóvis do Couto e Silva, o Direito exige o assentamento de um núcleo valorativo e de uma técnica relativamente unitária ou comum⁵¹ entre os vários conjuntos normativos que o compõem, pena de incompreensibilidade absoluta e, inclusive, inaplicabilidade, no Direito Privado, dos valores e diretivas constitucionais. As cláusulas gerais permitem facilitar essa migração, viabilizando a inflexão ponderada, no ordenamento privado, dos princípios da Constituição, sabendo-se hoje que as esferas do Direito público e do Direito privado não estão seccionadas por intransponível muro divisório, antes consistindo, como percebeu Miguel Reale, “duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica (...) distintas, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis⁵², por forma a ensinar a *dialética da complementaridade*⁵³, e não mais a *dialética da polaridade*⁵⁴.

Nessa perspectiva, se a crítica hoje operada à codificação reside na inadequação dos códigos, por sua rigidez, para apreender as velocíssimas e surpreendentes mudanças da tipologia social, nada mais adequado que o Código Civil, na contemporaneidade, contemple esse modo de legislar. Assim o faz o Projeto do Código Civil ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

3. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro

A missão de apreender e disciplinar as tipologias sociais relevantes na vida civil, permitindo a captura, incessante e progressiva, das novas realidades, foi o escopo da metodologia seguida pelos autores do Projeto do Código Civil. Assim expressa o Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Josaphat Marinho, já nas primeiras linhas do Parecer pela aprovação:

(...) o Projeto de Código Civil, em elaboração no ocaso de um para o nascer de outro século, deve traduzir-se em *fórmulas genéricas e flexíveis*, em condições de resistir ao embate de novas idéias⁵⁵ (...), seguindo pensamento manifestado pelo presi-

dente da Comissão Elaboradora do Projeto, Miguel Reale, já em 1975, na Exposição de Motivos apresentada ao Ministro da Justiça.

Afirmava desde então o insigne Professor a necessidade de a codificação do direito privado, nos dias atuais, apresentar-se não mais modulada, metodologicamente, em modelo rígido, revelando-se, antes, por meio de *modelos abertos*, expressos mediante uma “estrutura normativa concreta (...), destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos”, o que seria alcançado se plasmadas no Código,

“soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelos a *conceitos integradores da compreensão ética*, tal como os de boa-fé, equidade, proibição, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc”⁵⁶.

Por igual, outros integrantes da aludida Comissão, nomeadamente José Carlos Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva, verberaram, em trabalhos acerca da proposta da nova lei civil, o caráter estruturalmente inovador de certas normas. Assim, Couto e Silva expressamente manifestou:

“O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País (...). O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que *a linguagem é outra, e nela se contém “cláusulas gerais”, um convite para uma atividade judicial mais criadora*, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas”⁵⁷.

José Carlos Moreira Alves, por sua vez, há mais de uma década, alertava para o fato de a inserção das cláusulas gerais promover a mudança da concepção filosófica do novo Código por meio de alterações formalmente diminutas, exemplificando com a concepção de propriedade, de tal maneira que “com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social”⁵⁸.

Sendo esse o pensamento dos autores do Anteprojeto, bem como o do Relator do Projeto no Senado, nada mais natural que o texto venha a público pleno de cláusulas gerais. É preciso, agora, que a doutrina e a jurisprudência as reconheçam e apontem as suas potencialidades, não as tomando como fórmulas vazias, preceitos

destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético.

As cláusulas gerais não estão uniformemente dispersas no Projeto, e nem poderiam estar, pois é da natureza do Direito Civil conter campos que requerem maior ou menor ductilidade. A Parte Geral, destinando-se a “fixar os parâmetros de todo o sistema” – como afirmou José Carlos Moreira Alves –, vem marcada pelo propósito “de máximo rigor conceitual”⁵⁹. Abriga, mesmo assim, ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas, inclusive fazendo remissão a princípios ou direcionando o juiz à pesquisa de elementos econômicos e sociais⁶⁰.

É nos Livros concernentes ao Direito de Família e ao Direito das Obrigações – este abrangendo também as obrigações de caráter mercantil, consoante modelo que havia sido traçado pioneiramente por Teixeira de Freitas⁶¹ – que encontraremos, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística, a maior parte das cláusulas gerais. Limite-me, por ora, ao exame de apenas duas das cláusulas gerais que comandam o comportamento contratual, a saber, as da *função social do contrato* (art. 421), *proibição e boa-fé objetiva* (art. 421⁶²), registrando só que as mesmas não esgotam a disciplina do campo contratual, no qual incidem ainda as cláusulas gerais do *comportamento segundo os usos do tráfico* (art. 112) e as da *reparação de danos, por culpa* (arts. 185 e 929, *caput*) e *por risco* (art. 926, parágrafo único).

a) A função social do contrato

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Essa norma, posta no art. 420 do Projeto do Código Civil, constitui a projeção, no específico domínio contratual, do valor constitucional expresso como *garantia fundamental* dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento – ou o reconhecimento – de desempenhar função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais.

A atribuição de uma função social ao contrato não deveria, pois, já por isso, ser objeto de estranhamento. Até porque uma tal atribuição

insere-se no movimento da *funcionalização dos direitos subjetivos*, o qual, há muitas décadas, já não seria novidade em doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula⁶³ que, uma vez posta na Constituição de Weimar, ingressou nas Constituições do século XX como tentativa de buscar “um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade”⁶⁴.

Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função⁶⁵ e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista”⁶⁶ que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo⁶⁷. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

Frase dita e repetida indica que “o contrato é a veste jurídica das operações econômicas”, de modo que constitui sua função primordial *instrumentalizar a circulação da riqueza*, a transferência da riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro⁶⁸. A constituição econômica de uma sociedade, todos o sabemos, não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge – e interessa – a todos. O contrato, veste jurídica das operações de circulação de riqueza, tem, inegavelmente, função social⁶⁹.

Recoberta na codificação oitocentista, da qual o vigente Código Civil é reflexo, pela preeminência do princípio da liberdade contratual em sua face mais individualista e quase absoluta, esta função não poderia ser esquecida num Código que é marcado, como o atual Projeto, pela *diretriz da socialidade*⁷⁰, isto é, pela “colocação das regras jurídicas num plano de vivência social”, pela “aderência à realidade contemporânea”, fazendo prevalecer “os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”, como aludiu Miguel Reale ao apresentar o Anteprojeto e como reafirmou em texto recente⁷¹. Significa com isso afirmar que o contrato, expressão privilegiada da autonomia privada, ou

poder negocial⁷², não deve mais ser perspectivado *apenas* como a expressão, no campo negocial, daquela autonomia ou poder, mas como o instrumento que, principalmente nas economias de mercado, mas não apenas nelas⁷³, instrumentaliza a circulação da riqueza da sociedade.

Colocada no pórtico da disciplina contratual, formando “quase que um preâmbulo de todo o direito contratual”⁷⁴, a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional, por isso inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo. Esse ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento confiná-la apenas à função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual.

A função social é, evidentemente, e na literal dicção do art. 420, uma *condicionante* posta ao princípio da liberdade contratual, o qual é reafirmado, estando na base na disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de *limitação* da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo art. 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção, o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade.

Contudo, considerar a norma do art. 420 apenas uma restrição à liberdade contratual seria acreditar que esta constitui um princípio absoluto, o que constitui uma falácia há muito desmentida. Por isso entendo estar cometida àquela norma também uma conotação substantiva, vale dizer, de *elemento integrante do conceito de contrato*. É por ser este dotado de função social que a liberdade contratual encontra limites. É pelo mesmo motivo que esta é regularmente exercida.

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma “exceção” a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito.

Desse modo, o princípio da função social, que, proclamado na Constituição, aí poderia remanescer como *letra morta*, transforma-se, como afirmou Reale, “em instrumento de ação no plano da lei civil”⁷⁵. Há, portanto, um valor *operativo*, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a *concreção especificativa* da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e à doutrina, no apontar de exemplos.

É natural que, num primeiro momento, essa opção metodológica cause certa perplexidade, tendo em vista o cânone fundamental da certeza jurídica. Este, no entanto, não é absoluto, sendo relativizado, em numerosas hipóteses, pelo princípio superior da justiça material, do qual a função social do contrato é legítima e forte expressão.

O direito dos contratos vem, na disciplina do Projeto, também informado pelo princípio da boa-fé, aposto na cláusula geral do art. 421, segundo o qual “os contratantes *são obrigados* a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”⁷⁶. É tempo de examiná-la.

b) A cláusula geral da boa-fé objetiva

Na tradição do direito brasileiro, é conotada à expressão “boa-fé” a acepção subjetiva, assim constando do vigente Código, entre outras passagens, as normas dos artigos 221, *caput* e parágrafo único, e 490, *caput* e parágrafo único. Contudo, a norma do art. 421 do Projeto trata da boa-fé em acepção objetiva. Desde logo cabe, pois, distingui-las.

Como averbei em trabalhos anteriores⁷⁷, a expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência” ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória”. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a *intenção* do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpreta-

ção conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual

“cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”⁷⁸.

Por esse modelo objetivo de conduta, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo⁷⁹, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva, deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um *padrão objetivo de conduta*, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

Insisto nesse ponto, que é de capital importância para que se possa vir a retirar da norma do art. 421 do Projeto toda a sua potencialidade. A boa-fé subjetiva denota primariamente a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousa seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as já aludidas hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.). Pode denotar, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado. Assim sendo, a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado.

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica (*Treu und Glauben*)⁸⁰: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria

conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação contratual.

A importância da boa-fé, na acepção objetiva, está em que a mesma atua, no campo contratual, na tríplice direção de *norma de interpretação e integração* do contrato⁸¹, que concorre, entre outras funções, para determinar o comportamento devido; de *limite* ao exercício de direitos subjetivos – sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos⁸² – e *fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes*, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma “totalidade concreta”⁸³.

Com efeito, da boa-fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica⁸⁴, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais⁸⁵ de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual, consistindo, em suma, na adoção de “determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a *relação de confiança* que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da contratação”⁸⁶.

O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional*, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais “caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”, servindo, “ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato (...)”⁸⁷.

O direito comparado, mas principalmente o direito alemão, é rico em exemplificar as funções da boa-fé objetiva⁸⁸. O mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido, é o parágrafo 242 do Código Civil alemão, assim redigido:

§ 242: O devedor deve (está adstrito a) cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico⁸⁹.

Hoje em dia se afirma que o parágrafo 242 veio a constituir o elemento fundamental para uma compreensão *absolutamente nova* da relação obrigacional, transformando o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres, na medida em que limitou extraordinariamente a importância da autonomia da vontade⁹⁰. Aceita-se, por igual, que a boa-fé possui “um valor autônomo, não relacionado com a vontade”, razão pela qual “a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até ao controle das partes”⁹¹. Não foi esse, contudo, o sentido que lhe foi conferido originalmente pelos autores do BGB.

Com efeito, a inserção desse tipo de norma⁹² num código formado e modelado pela Pandectística poderia surpreender. Não haverá surpresa ao saber que a aprovação do BGB em 18 de agosto de 1896 deu-se em meio a fortes críticas ao *caráter elástico* de algumas de suas disposições e ao apelo “demasiadamente freqüente”, aí implicado, ao “poder discricionário do juiz”⁹³. Lê-se, nos *Motive*, a propósito do parágrafo 138, que prevê a nulidade do negócio jurídico por contrariedade aos bons costumes (*guten Sitten*), que a regra mencionada, não obstante considerada “um passo adiante significativo da legislação”, não obstará certa “perplexidade”, porque “à valoração do juiz está reservado um espaço até hoje desconhecido em matéria jurídica assim tão ampla”⁹⁴.

É certo que, no pensamento dos redatores do BGB, as cláusulas gerais não eram tidas como dispositivos especificamente destinados a atribuir aos juízes poderes de criação normativa similares ao do pretor romano, assinalando Clóvis do Couto e Silva que o parágrafo 242 “não significava outra coisa senão mero reforço ao

parágrafo 157, no qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé⁹⁵. No primeiro projeto do BGB, as disposições do atual parágrafo 242, bem como a do parágrafo 157⁹⁶, incluíam-se no texto de outro parágrafo, o de número 359, assim redigido: “O contrato obriga os contraentes ao que, pela determinação da natureza do contrato, segundo a lei e os costumes do tráfico, assim com consideração pela boa-fé, resulte como conteúdo de sua vinculação”⁹⁷, justificando-se a disposição do seguinte modo:

“Através dele (o parágrafo 359) não são apenas dados certos pontos de referência para a averiguação das vinculações que nascem de contratos concretos; exprime-se antes, sobretudo, o princípio prático e importante de que o tráfico comercial hoje é dominado pela consideração da boa-fé e de que, quando esteja em causa a determinação do conteúdo de um contrato ou das vinculações dele resultantes para as partes, deve tornar-se essa consideração, em primeira linha, como fio condutor”⁹⁸.

Contudo, muito embora o pensamento constante nos *Motive*, alguns juristas, como Crome, entenderam desde logo que o parágrafo 242 tenderia “a dominar o Direito das Obrigações por inteiro”⁹⁹. O diagnóstico foi acertado. Apesar de algumas vozes que de início se ergueram contra tal “preceito dúctil”, logo se manifestaram opiniões contrárias, ainda nos albores deste século, que iniciaram uma gradual obra inovadora. Como relata Domenico Corradini, algumas Cortes de Justiça aplicaram o parágrafo 242 conferindo-lhe o sentido de boa-fé objetiva, recusando-se, assim, a considerá-lo uma fórmula meramente pleonástica, norma de interpretação dos contratos ou simples compêndio de deveres previstos em normas diversas¹⁰⁰. Por essa via, “com uma prática que encontra eco nos juriconsultos teóricos e acende dúvidas e polémicas”, os juízes alemães afirmaram “regras que parecia difícil conceber após o longo período de desconfiança e reticência no tratamento das cláusulas em branco”¹⁰¹.

A jurisprudência brasileira mais recente, rompendo a tradição que conotava à boa-fé contratual tão-somente o sentido de adstrição ao formalmente pactuado, vem percorrendo caminho de marcada substantivação, por forma a fazer frutificar, da sua incidência, a tríplice função antes aludida, notadamente a criação de deveres instrumentais de conduta. Contudo, como

entre nós, até agora, não estava a boa-fé posta em cláusula geral¹⁰², o desenvolvimento jurisprudencial do princípio, a par de sofrer com os males da dispersão antes apontada, era ainda tímido. O preceito do art. 421 do Projeto tem o mérito de atuar como a *lei de conexão*, para permitir à jurisprudência a reunião, a sistematização e o desenvolvimento das várias hipóteses de conduta contratual.

Observe-se que o art. 421 impõe o dever de agir com probidade e boa-fé não só no momento da conclusão do contrato, mas também em seu desenvolvimento, deixando assim entrever o caráter dinâmico da relação obrigacional¹⁰³. A conduta conforme à boa-fé objetiva, qualificando uma norma de comportamento contratual leal, assentado na confiança recíproca, é, por isso mesmo, uma norma também marcada pelo dinamismo, necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um *modelo jurídico* –, na medida em que se encontra revestida de variadas formas, de variadas concreções, “denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico”¹⁰⁴. Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, não podendo o seu conteúdo ser rigidamente fixado, eis que dependente sempre das concretas circunstâncias do caso. Por estas características, a cláusula geral da boa-fé objetiva só pode dar frutos em um sistema aberto.

4. Conclusão

Nas últimas décadas, os estudiosos ocuparam-se em evidenciar a ultrapassagem do Código Civil como pólo de atração do direito positivo. Homenageou-se o funeral do código, “modo superado de legislar”¹⁰⁵. Proclamou-se a conveniência da adoção de uma legislação por meio de princípios, afastando-se a técnica de regulamentação por *fattispecie*¹⁰⁶. Por fim, aventou-se a concepção segundo a qual o ordenamento civil, longe de conter um sistema, seria formado por polissistemas, em relação aos quais o código teria um papel meramente residual¹⁰⁷.

Todas essas hipóteses, porém, esbarraram em novos, e talvez mais graves, óbices e problemas. Constatou-se, fundamentalmente, que a idéia polissistêmica do direito – de todas as

hipóteses a de mais célebre fortuna – acabou transfigurada na concepção *assistemática* do sistema normativo, o qual seria unicamente cognoscível por meio de uma perspectiva analítica e pelo uso dos instrumentos de exegese¹⁰⁸, inclusive a informática¹⁰⁹, concepção que, por si só, afronta o *minimum* de estabilidade e segurança que, no Direito, vem expresso na necessidade de uma regulamentação coordenada dos comportamentos sociais. Por isso a necessidade de um Código que, estruturado como um sistema aberto, alie aos modelos cerrados que necessariamente há de conter as janelas representadas pelas cláusulas gerais.

Se efetivamente encontrarem, na doutrina, mas principalmente na jurisprudência, a voz que as faz viver, as “fórmulas genéricas e flexíveis” aludidas por Josaphat Marinho, os “conceitos integradores da compreensão ética”, no dizer de Miguel Reale – em suma, as cláusulas gerais referidas por Couto e Silva e Moreira Alves –, permitirão a permanente atualização do Código, evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido. Ao mesmo tempo, viabilizarão o desenvolvimento de um direito privado pluralista como a sociedade que lhe dá origem e justificação, porém *harmônico e compreensível*, já que não necessariamente pulverizado em centenas de pequenos mundos normativos tecnicamente díspares, valorativamente autônomos e em si mesmos fechados e conclusos.

Notas

¹ Item 26 do Parecer Final do Relator ao Projeto do Código Civil. Internet, www.senado.gov.br/.

² *Ibidem*. Grifei.

³ Tratei deste tema, em uma primeira abordagem, no ano de 1991, ao apresentar, em congresso realizado em Valencia, Espanha, o estudo *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 112, p. 13-32, 1991, e na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, p. 47-58, 1992. Posteriormente, voltei o tema na tese de doutorado, *Sistema e Cláusula Geral*. USP, 1996, sob o título *A boa-fé objetiva*: sistema e tópica no processo obrigacional. (no prelo).

⁴ Utilizo a expressão “modelos jurídicos” no sentido que lhe é atribuído por Miguel Reale, em *Para uma Teoria dos Modelos Jurídicos*, comunicação apresentada ao Congresso Internacional de Filosofia, realizado em Viena, 1968 (publicada em *Estudos de filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1978. (Ensaio, 3), e, mais recentemente, em *Fontes e mode-*

los do Direito : para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo : Saraiva, 1994. Ver, adiante, a explicitação do conceito.

⁵ Em sentido contrário, Gustavo Tepedino, em *Del Rey : Revista Jurídica*, dez. 1997, v.1, n. 1, p.17, segundo o qual o Projeto “desconhece” as cláusulas gerais de que é dotada a técnica jurídica contemporânea.

⁶ Assim, Antonio Junqueira de Azevedo, *Gazeta Mercantil*, de 7 jan. 1998.

⁷ Nesse sentido, Tepedino, op. cit., p. 17.

⁸ *Ibidem*.

⁹ As observações a seguir expostas constituem uma síntese do que escrevi em *Sistema e cláusula geral*, já citado.

¹⁰ O exemplo, paradigmático, vem da Constituição norte-americana. Mesmo a Constituição brasileira vigente possui, no entanto, variada tipologia de modelos jurídicos abertos, seja pela afirmação de sua principiologia, seja pela inserção de cláusulas gerais de reenvio a outros textos normativos, como a do parágrafo segundo do art. 5º.

¹¹ É indiscutível a constatação, hoje, da existência de uma crise na teoria das fontes que se reflete na metodologia da ciência do direito. Esta crise resulta, segundo Clóvis do Couto e Silva, justamente “da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da Ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo” (*A obrigação como processo*. Bushatsky, J. São Paulo : 1976. p. 74).

¹² Como esclareci em *Sistema e Cláusula Geral*, por meio do sintagma “cláusula geral”, costuma-se designar tanto determinada técnica legislativa em si mesma não-homogênea, quanto certas normas jurídicas, devendo, nessa segunda acepção, ser entendidas pela expressão “cláusula geral” as normas que contêm uma cláusula geral. É ainda possível aludir, mediante o mesmo sintagma, às normas produzidas por uma cláusula geral.

¹³ Embora a mais célebre cláusula geral, a da boa-fé objetiva, posta no parágrafo 242 do Código Civil Alemão, seja datada no século passado, esta técnica difundiu-se na codificação que vem sendo levada a efeito, nos vários países da *civil law*, a partir do final dos anos 40. Esgotado o modelo oitocentista da plenitude ou totalidade da previsão legislativa, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científica que vêm mudando a face do mundo desde o pós-guerra, iniciou-se, em alguns países da Europa, a “época das reformas nos Códigos Civis”, exemplificativamente a Itália, em 1942, Portugal, em 1966, a Espanha, em 1976 e, mais recentemente, a Grécia.

¹⁴ Nesse sentido, Natalino Irti, *L'età della deco-dificazione*. Milão, A. Giuffrè, 1989. p. 16.

¹⁵ Para um conceito de “diretivas”, vide Eros Roberto Grau, *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988* : tese. São Paulo, 1990. p. 182.

¹⁶ IRTI, op. cit., p. 16.

¹⁷ Podem ser lembrados o art. 1.337 do Código Civil Italiano (norma de restrição à autonomia privada, impondo a correção da conduta dos particulares no período pré-contratual), o art. 239 do Código Civil Português (norma de integração dos negócios jurídicos, por meio da relativa restrição à autonomia negocial), o art. 483 do mesmo Código (norma geral de previsão da responsabilidade civil por culpa), e, entre nós, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor (norma de extensão da tutela assegurada ao consumidor).

¹⁸ *Einführung in das Juristische Denken*. Stuttgart, 1964.

¹⁹ “Se o conceito multissignificativo de cláusula geral, que não raramente vemos confundido com um dos conceitos acima aludidos (isto é, com os conceitos indeterminados, conceitos determinados, conceitos normativos, conceitos descritivos), há de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais” (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 188 -189).

²⁰ ENGLISH, op. cit., p. 188. No mesmo sentido, Luigi Mengoni, *Diritto vivente*. Rev. Jus, p. 14-26, 1989.

²¹ *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Traducción esp. de Juan Jose Gil Cremades. Pamplona : Ed. Universidad de Navarra, 1968. p. 180. Traduzi e grifei.

²² Nesse sentido, Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra : Almendina, 1989. p. 1186-1187.

²³ IRTI, op. cit., p. 8. Traduzi.

²⁴ ROSSELLI, Federico. Clausole generale : l’uso giudiziario. In: POLITICA del Diritto. v. 4, p. 670.

²⁵ IRTI, op. cit., p. 8.

²⁶ No sentido de vagueza semântica.

²⁷ A tipicidade pode ser compreendida como “a qualidade de uma pessoa, coisa ou conceito pela qual suas características resultam conformes às de um tipo predeterminado”, entendendo-se por “tipo” “o modelo ideal que reúne as características essenciais de todos os entes de igual natureza” (conforme Noemi Nidia Nicolau, *La autonomia de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino*. Porto Alegre, 1994. Dattilog.)

²⁸ A comparação, em certo setor, da técnica de legislar mediante cláusulas gerais e por meio da casuística pode auxiliar a esclarecer essa característica. Clóvis do Couto e Silva exemplifica com a diferença entre um sistema que consagra uma cláusula geral de reparação de todos os atos danosos (indicando o art. 1.382 do *Code Napoléon*, segundo o qual, em tradução: “Todo e qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga este pela culpa de quem ela ocorreu, a repará-lo”) e um sistema no qual todas as *fattispecies* delituais devem estar previstas na norma (aludindo aos parágrafos 823, I e II, e 825 do Código Civil alemão, os quais têm, respectivamente, em tradu-

ção, o seguinte teor: § 823: “Aquele que, intencionalmente ou por negligência, atentou contra a integridade corporal, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outrem, é obrigado, em relação à pessoa lesada, à reparação do prejuízo causado. A mesma obrigação incumbe a quem contravém a uma lei que tem por fim a proteção de outrem. Se, conforme o teor dessa lei, pode-se contrair, mesmo que para isso não haja necessidade de culpa, a responsabilidade civil não existe se um culpa não se produza”. § 825: “Aquele que seduziu uma mulher por astúcia, ameaça ou abuso da situação da qual ela dependia, deve reparar o dano assim causado). Com base no art. 1.383, a jurisprudência francesa veio progressivamente estabelecendo deveres de conduta, tais como o *devoir de renseignement* em matéria pré-contratual, os deveres de cuidado, de diligência, de atenção, etc; cuja não-observância pode conduzir à indenizabilidade do dano, ou estabelecendo novas hipóteses, como a responsabilidade pela *perte d’une chance*, alargando, assim, o campo dos prejuízos indenizáveis. Já pela falta de uma cláusula geral não há, no sistema alemão, “um desenvolvimento livre dos deveres de conduta, de forma que na sua violação possa ser considerada como delitual”, marcando-se “o desenvolvimento das hipóteses delituais (...) nos limites prefixados pela lei” (SILVA, Clóvis do Couto e. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*: cours fait à la Faculté de Droit de St. Maur, Paris XII. Paris, 1988. p. 62. Dattilografado, traduz.). O mesmo exemplo é assinalado por H. Nipperdey, em estudo intitulado *Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen*, segundo relata English: “Na medida em que se trate de responsabilidade por culpa própria, no domínio dos delitos civis são possíveis dois sistemas de regulamentação legal: ou são enumeradas uma ao lado das outras as diferentes hipóteses de actos delituais que devem desencadear a consequência indenizatória (como nos §§823-825 do BGB), ou se cria uma hipótese legal unitária de acto ilícito (*Código Civil Francês*, art. 1382). Em lugar da formulação casuística surge, portanto, a cláusula geral que visa a ofensa ilícita e culposa a interesse de outrem”. (ENGLISH, op. cit., p. 189).

²⁹ Nesse sentido a observação de Sérgio José Porto em *A responsabilidade civil por difamação no Direito inglês*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995. p. 15.

³⁰ O alerta é de English, segundo o qual, conforme o teor da regra formulada mediante a casuística e a regra formulada em cláusula geral, haverá esta relativização (op. cit., p. 190).

³¹ *A parte geral do Projeto Código Civil Brasileiro*. Saraiva, 1986. p. 24.

³² A tipologia é aludida por Cordeiro. (op. cit., v. 2, p. 1184).

³³ ENGLISH, op. cit., p. 193.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme*: un’analisi del linguaggio giuridico. Milão : Giuffrè, 1990. p. 314.

³⁶ Nesse sentido Mengoni, op. cit., p. 9.

³⁷ *Ibidem*, p. 11.

³⁸ É evidente que, em toda a interpretação, existe uma margem, mais ou menos relevante, de integração valorativa. Contudo, o grau de integração valorativa implicado na concreção da cláusula geral conduz a um poder criativo do juiz que inexiste, em medida similar, nas normas postas casuisticamente.

³⁹ Um exemplo poderá clarear este ponto. Suponhamos que em determinado ordenamento não haja regra legislativa similar à do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que apela à boa-fé para nulificar cláusulas contratuais abusivas. Suponhamos que haja, nesse ordenamento, uma cláusula geral de correção e boa-fé vazada nos seguintes termos: “Na conclusão e na execução do contrato as partes devem-se ater aos deveres da correção e boa-fé”. Suponhamos que num contrato de compra e venda de unidade habitacional o vendedor, valendo-se de seu maior peso econômico, bem como da situação de necessidade vital que representa para o comprador a aquisição de casa própria, imponha àquele prestação objetiva e manifestamente desproporcional ou sem relação com o sinalagma contratual. Suponhamos, por fim, que, inconformada, a parte compradora pretenda a nulidade da cláusula que impõe a prestação desproporcional e recorra ao tribunal X. À vista da mencionada cláusula geral, este tribunal dirá, por exemplo, que, em matéria de compra e venda, contrato sinalagmático por excelência, serão nulas as cláusulas que estabeleçam vantagens que não guardem relação com o sinalagma, por atentarem contra a boa-fé objetiva que se impõe no tráfego negocial. Conforme as circunstâncias do caso, vinculará a espécie seja ao instituto da lesão enorme (*laesio enormis*), se ocorreu desproporção entre as prestações, manifestada contemporaneamente à conclusão contratual, ou à tese da base objetiva do negócio, se a desproporção ocorreu supervenientemente à conclusão, já na fase de execução contratual, à vista de circunstâncias externas, ou ainda, à teoria da imprevisão, ou a da excessiva onerosidade, conforme ditarem os elementos fáticos. O juiz será reenviado ao padrão do comportamento conforme à boa-fé. Deverá averiguar qual é a concepção efetivamente vigente, mediante pesquisa jurisprudencial e doutrinária, pois não se trata de determinar, por óbvio, qual é a sua própria valoração – esta é apenas “um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais, sendo caso disso, a deverá corrigir”, como afirma English (op. cit., p. 198). Poderá, então, sempre à vista das circunstâncias do caso concretamente considerado, e jamais *in abstracto*, determinar se o caso é de nulificação da disposição contratual, ou de sua revisão, ou ainda condagnar a parte que agiu contrariamente à boa-fé ao pagamento de perdas e danos, se ocorreu dano ou, se em razão de circunstância superveniente a prestação for considerada impossível, por manifesta inutilidade, inclusive declarar o direito formativo extintivo de resolução contratual. Pouco a pouco, a jurisprudência formará espécies de “catálo-

gos de casos” em que foi similar a *ratio decidendi*, podendo estes se expressarem inclusive por meio de súmulas. Estes casos serão reconduzidos à cláusula geral que veda o comportamento contrário à boa-fé, adquirindo, assim, as normas decorrentes da dicção judicial o caráter de norma aplicável a outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares (“norma geral”). Ter-se-á, pois, progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar, na lei, todas as hipóteses e suas conseqüências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos.

⁴⁰ Segundo a já mencionada concepção de Miguel Reale. Veja-se, entre outros trabalhos do mestre paulista, *O Direito como experiência*. Saraiva, 1992. (Ensaio, 8); Nova fase do Direito moderno. Saraiva, 1990. (Ensaio 9) e *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. Saraiva, 1978. (Ensaio 3), e a monografia *Fontes e modelos*, já citada. Em apertadíssima síntese, os modelos jurídicos, que derivam das quatro fontes (a legal, a jurisprudencial, a consuetudinária e a negocial), constituem espécies – “especificações ou tipificações” – das normas, podendo um modelo coincidir, por vezes, com uma única norma de direito, ou, em outras, ser composto por várias normas. Contudo, não se pense que os modelos são protótipos ou “modelos ideais”, abstratamente considerados. Longe disso, na concepção de Reale, estes se apresentam dinâmicos, ligados à concretude da “experiência normada”, constituindo a própria experiência social quando esta se torna estrutura normativa. Por isso é que, para que as normas – enquanto expressam modelos, ou quando a eles se reportam – possam ser captadas em sua plenitude, é preciso que o intérprete atenda “à dinamicidade que lhes é inerente e à totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação e eficácia ao longo de todo o tempo de sua vigência. (Para estas referências, vide *Fontes e modelos*, p. 29-38).

⁴¹ *Ibidem*, p. 28

⁴² Discorda desse entendimento Michele Taruffo, segundo o qual a norma contida na cláusula geral não reenvia a uma outra norma ou princípio do ordenamento jurídico, mas para fora do ordenamento, ou seja, a outros critérios não fixados no sistema de normas jurídicas. A norma em questão deve ser, pois, heterointegrada, ou seja, preenchida com base em critérios metajurídicos que, “segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade” (*La giustificazione delle decisioni fondate su standards*. v. 19, n. 1, 1989. p. 152. *Materiali per una storia della cultura giuridica*). Esta é, contudo, uma concepção estreita de reenvio. A expressão abarca, como se viu, tanto a condução do juiz para fora do sistema quanto para dentro do sistema. Assim, exemplificativamente, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

⁴³ MENGONI, op. cit., p. 13.

⁴⁴ SILVA, *O princípio da boa-fé no Direito Civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 53.

⁴⁵ Para este exame, consulte-se Cordeiro, op. cit., p. 797- 836 e 586- 602.

⁴⁶ SILVA, O Princípio da boa-fé... p.62.

⁴⁷ Ibidem, p. 50, nota 13.

⁴⁸ Tratou excelentemente dessa relação Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Dissertação de (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da PUC-RJ, 1997. Inédita.

⁴⁹ Acerca das relações entre Constituição e Direito Privado, e a efetividade, na legislação ordinária, dos princípios fundamentais, veja-se Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Traducción de Ignacio Gutierrez Gutierrez, Madrid: Civitas, 1995 e GRIMM, Dieter. La Constitución como fuente del Derecho. In: LAS FUENTES del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho Estudi General de Leida*, 1983, p.13.

⁵⁰ Veja-se Ludwig Raiser, *Il Compito del Diritto Privato*. Tradução italiana de Cosimo M. Mazzoni e Vincenzo Varano. Milão: A. Giuffrè, 1990: *Il futuro del Diritto Privato*

⁵¹ O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Ajuris*, Porto Alegre, n.40, p. 128, 1987.

⁵² REALE. Lições Preliminares de Direito. p. 6.

⁵³ O conceito é central na obra de Miguel Reale, que explica a dialética da complementaridade como “a correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um do outro, sendo ao mesmo tempo um deles irreduzível ao outro, de tal modo que os elementos da relação só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam” (*Fontes e modelos*, p. 7).

⁵⁴ Também Hesse acena à relação de recíproca complementaridade e dependência entre o Direito Constitucional e o Direito Privado em nossos dias, acenando à mudança nessa relação, correspondente à mudança das funções, das tarefas e da qualidade de cada um desses setores jurídicos. Ver *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, p. 69-70.

⁵⁵ Parecer Final ao Projeto do Código Civil, item 26.

⁵⁶ *O Projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 84: Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, 1975. Grifos meus. No mesmo trabalho, averbou ainda conter o Código projetado preceitos “que, à primeira vista, podem parecer de mero valor ético, mas que, tendo como destinatário primordial o juiz, consubstanciam exigências de equidade, de amparo aos economicamente mais fracos, ou de preservação às forças criadoras do trabalho”.

⁵⁷ *O Direito Civil brasileiro*... p. 128. O texto reproduzido está às páginas 148-149. Grifei.

⁵⁸ ALVES, op. cit., p. 27

⁵⁹ Ibidem, p. 7.

⁶⁰ Veja-se em especial a regra acerca da privacidade (art. 21) que confere mandato ao juiz para adotar as “providências necessárias” à manutenção da integridade da vida privada; as normas dos artigos 112

(interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé); 137 (*standard* da “normal diligência” na apreciação do erro); 186 (traça os contornos, alargados, da ilicitude por abuso de direito, a qual se caracteriza inclusive pela prática de ato desviado do seu fim econômico e social, ou que ultrapassa os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes). (Para estas referências, consulte o texto da Redação Final do Projeto, editado pelo Senado Federal, 1997).

⁶¹ Ao contrário do que, por vezes, afirma-se, o modelo do Projeto não se confunde com o do direito italiano ou do suíço. Adotou-se a unificação apenas no Direito das Obrigações, parte “especializada” em relação à Parte Geral, enquanto o modelo italiano, além de não conter Parte Geral, estende a unificação também ao Direito do Trabalho.

⁶² As referências reportam-se ao texto aprovado no Senado Federal em dezembro de 1997.

⁶³ “A propriedade obriga” (art. 150 da Constituição de Weimar).

⁶⁴ Nesse sentido, Francesco Galgano, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. 2. ed. Bolonha: Zanichelli, p.152. Traduzi.

⁶⁵ Vide COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, p. 60.

⁶⁶ A expressão é de Vittorio Frosini, Le trasformazioni sociali e il diritto soggettivo. *Riv. Inter. Di Filosofia del Diritto*, Milão, v. 1, p.114, 1968.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ver ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 10.

⁶⁹ É preciso, contudo, não confundir a função do contrato com a função ideológica do contratualismo e a função ideológica do conceito de contrato. (Ibidem, p. 29), LIPARI, Nicolò. *Derecho Privado*: un ensayo para la enseñanza. Bolonha: Ed. Real Colegio de España, p.285, 1989. e ATIYAH, P. S. *The rise and fall of Freedom of Contract*. Oxford, Clarendon Press, 1979, clássico no exame da perspectiva histórica da responsabilidade pela promessa contratual, e a vinculação daí decorrente. Escrevi sobre o tema em *Noção de Contrato na História dos Pactos*, public., em *Uma vida dedicada ao Direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 497-513.

⁷⁰ A expressão é Reale. *O Projeto do Código Civil*, p. 9.

⁷¹ *Visão geral do Projeto do Código Civil*. São Paulo, 1998. Inédito.

⁷² A expressão “poder negocial”, de Miguel Reale, remete à concepção kelseniana do poder normativo derivado da autonomia privada. Na concepção de Reale, aqui adotada, o poder negocial, que dá origem às cláusulas do contrato, é correlato à fonte negocial de produção de normas jurídicas. Ver *O Projeto do Código Civil*, e *Fontes e Modelos*..., ambos citados.

⁷³ A propósito das funções do contrato na economia socialista, ver TALLON, Denis. *L'évolution des idées en matière de contrat*: survol comparatif. in *Droits*, 12, 1990, p. 81.

⁷⁴ REALE, *O Projeto...* p. 10.

⁷⁵ *O Projeto...* p. 9, ao tratar da diretriz da socialidade no campo da propriedade, mas estendendo a observação ao contrato.

⁷⁶ Grifos meus.

⁷⁷ Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980, *Revista de Informação Legislativa* Brasília, n. 126, p. 120, 1995. e Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 3, p. 141.

⁷⁸ A expressão é de Ernesto Wayar, *Derecho Civil: Obligaciones*. v. 1, p. 19.

⁷⁹ Esta conotação da boa-fé objetiva tem raízes no antigo direito alemão, em especial na prática comercial, conotando o dever de consideração para com o *alter*, de onde a boa-fé, mormente se inserida em cláusula geral, como ocorre no § 242 do BGB, aloca-se como fonte de criação de deveres, v.g, os chamados deveres anexos de conduta, e como marco ou limite ao exercício de direitos subjetivos, exemplificativamente, a *exceptio doli* e a proibição do uso abusivo da posição jurídica. Acepção diversa lhe é conferida no ambiente juscultural francês, ou de influência francesa, na qual a boa-fé, em matéria obrigacional, é vista como fórmula de reforço à vinculabilidade do pactuado. Na origem da diferença está o maior peso da influência do direito canônico, no direito francês, recolhendo Domat e Pothier essa tradição que contrapunha a boa-fé ao pecado, de mentira ou descumprimento da promessa feita. Para este exame consulte-se Cordeiro, op. cit., 1984. 2 v., e CORRADINI, Domenico. *Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto Privato*. Milão: A. Giuffrè, 1970.

⁸⁰ Com efeito, no direito alemão, inclusive o pré-codificado, a boa-fé seguiu trajetória absolutamente peculiar, em nada similar ao caminho seguido, por exemplo, pela concepção francesa da boa-fé, na qual ainda ecoam ecos da acepção canônica e do Iluminismo. Para esse exame, ver, por todos, Cordeiro, op. cit., p. 253-267.

⁸¹ SILVA, *A obrigação como processo*, op. cit., p. 32.

⁸² Na coibição de comportamentos abusivos, pode o juiz recorrer às mais variadas normas, tais como as que vedam o abuso do direito, o enriquecimento sem causa, a quebra do sinalagma contratual, podendo ainda apelar à equidade. Esses caminhos, contudo, a par de dispersarem a sistematização das decisões, estão ainda marcados pela perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais relevante projeção. Por isso a tendência de sistematizar tais hipóteses por meio do recurso à boa-fé objetiva, como demonstra Cordeiro, op. cit., p. 661-718, 837e 1294, reconduzindo a esta cláusula geral as figuras do *venire contra factum proprium*, *exceptio doli*, *exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus*, *tu quoque*, etc.

⁸³ SILVA, *A obrigação como processo*, p. 8, Veja-se, a propósito, o estudo de Maria Cláudia Mércio

Cachapuz, O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto, *Ajuris*, v. 71, p. 108.

⁸⁴ São ditos, por isso, “avoluntarísticos”, como refere Giovanni Maria Uda, em *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni*. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 4, p. 309, 1990.

⁸⁵ Em cada relação contratual situam-se certos deveres de prestação, os quais subdividem-se nos chamados deveres principais, ou deveres primários de prestação, os deveres secundários e os deveres anexos, laterais, ou instrumentais. Como ensina Mota Pinto, “O dever de prestação é o elemento decisivo que dá o conteúdo mais significativo à relação contratual e determina o seu tipo, (dirigindo-se) a proporcionar ao credor uma determinada prestação (positiva ou negativa) (definindo-se) corretamente como um direito a uma prestação dirigido ao devedor”. (*Cessão de contrato*, p. 278). Constitui, portanto, o núcleo da relação obrigacional. Contudo, os deveres primários não esgotam o conteúdo da relação obrigacional, notadamente a contratual, na qual coexistem, ainda, os deveres secundários e os deveres laterais, anexos ou instrumentais. Os deveres secundários, por sua vez, subdividem-se em duas grandes espécies: os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal, que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal, e os deveres secundários com prestação autônoma, os quais podem revelar-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal, podendo, ainda, ser autônomos ou coexistentes com o dever principal (v.g, o dever de indenizar, por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária). O que aqui importa destacar, contudo, são os deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela, expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (*Esser*), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schuldpflichten* (*Stoll*) e *weitere Verhaltenspflichten* (*Larenz*), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. Esses deveres instrumentais, assinala Costa (op. cit., p. 57), são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos “avoluntarísticos” nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. (Assim, Uda, op. cit., p. 309). São ditos, geralmente, “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor. (Utilizei a classificação dos deveres laterais proposta por Siebert, Knopp, *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 10. ed. Stuttgart; Berlin, 1967. v.2, Schuldrecht, I (§§ 241-610), comentário ao § 242, p. 44, apud Costa, op. cit., p. 58, nota 1. A mesma classificação encontra-se em Pinto, op. cit., p. 278-288). Ao ensinar a criação des-

ses deveres, a boa-fé atua, como se vê, como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntariamente estabelecida.

⁸⁶ PINTO, op. cit., p. 281. Grifei.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Para uma síntese, veja-se o trabalho de Ubirajara Mach de Oliveira, Princípios informadores do sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. *Ajuris*, v. 70, p. 154-215.

⁸⁹ Conforme a tradução de Menezes Cordeiro, que acentua a particularidade da discutida expressão *costumes do tráfego* (*Verkehrssitte*) como constituindo algo “mais do que meros usos, mas menos do que Direito consuetudinário” (op. cit., p. 325, nota 206). No original: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

⁹⁰ Assim, Silva, O princípio da boa-fé no Direito Civil brasileiro e Português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL, 1, 1979, Porto Alegre. *Estudos de Direito Civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 44, 46 e 54.

⁹¹ *Ibidem*, p. 54.

⁹² São também tradicionalmente apontados como modelos de cláusulas gerais no BGB os parágrafos 138 e 826, assim redigidos: § 138: O ato jurídico contrário aos bons costumes é nulo; § 826: Aquele que objetivou prejudicar alguém por meio de atitudes contrárias aos bons costumes é obrigado a reparar o dano”.

⁹³ Assim relata Raoul de la Grasserie, *Code Civil aleman*: Introduction, p. 16. Ver, por igual, Franz Wieacker, *História do Direito Privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 536

⁹⁴ Conforme Carlo Castronuovo, L'avventura delle clausole generale. *Riv. Crit. Dir. Privato*, v. 4, p. 24, 1986, com remissão aos *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*. Berlim, 1896. v. 1, p. 211.

⁹⁵ Ver *O princípio da boa-fé...* p. 46.

⁹⁶ “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”, conforme tradução de Cordeiro, op. cit., p. 325.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 328.

⁹⁸ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2 - Recht der Schuldverhältnisse*, 1896, 194 apud Cordeiro, op. cit., p. 328.

⁹⁹ Conforme Silva, *O princípio da boa-fé...* p. 47 e em especial nota 8, referindo as posições divergentes de Staudinger (Kommentar) e Kress e Leonhard.

¹⁰⁰ CORRADINI, op. cit., p. 321.

¹⁰¹ *Ibidem*. Traduzi.

¹⁰² No Código Civil, a boa-fé vinha sendo considerada, conforme a doutrina de Couto e Silva, “princípio pré-positivo”, assim sendo acolhida em alguns julgados, de que são exemplos os acórdãos da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que comentei em Boa-fé. *Ajuris*, v. 50, p. 207. A regra do art. 51, IV, do Código do Consumidor não configura propriamente “cláusula geral”, mas “conceito indeterminado”, porque ao juiz não é dado estabelecer as conseqüências da sua incidência, que já estão pré-determinadas pelo legislador (a nulificação da cláusula abusiva). Por sua vez, o Código Comercial contempla, no art. 130, verdadeira cláusula geral, a qual, todavia, não chegou a ser assim considerada, remanescendo como mero cânone hermenêutico, concretizado sob o molde da boa-fé subjetiva.

¹⁰³ Na doutrina brasileira veja-se, por todos, Silva, *A obrigação como Processo*.

¹⁰⁴ Hipótese na qual, conforme Reale, um modelo jurídico coincide com uma única norma, *Fontes e modelos*, p. 29.

¹⁰⁵ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? *Riv. Dir. Civ. Parte Prima*, p. 117. 1983.

¹⁰⁶ RODOTÀ, Stefano. Ideologie e tecnica della riforma del Diritto Civile. *Riv. Dir. Comm.*, 1967.

¹⁰⁷ Segundo a conhecidíssima concepção de Irti, op. cit., p. 33. Na doutrina brasileira, ver o estudo de Francisco Amaral, Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, *O Direito*, v. 126, p.63, 1994.

¹⁰⁸ Conforme Angelo Falzea, *Dogmatica giuridica*. p. 737.

¹⁰⁹ Tratou-se especificamente desse tema em congresso realizado em Gênova, Itália, em 1992. Ver, nesse sentido, Mario Losano, Tecniche legislative, informatica e buon governo, e observações no meu estudo L'informatica e l'elaborazione delle leggi: a proposito di un recente manuale brasiliano sulla tecnica legislativa, ambos em *Il diritto dei nuovi mondi*. Organizado por Giovanna Visintini. Pádua: Cedam, 1994. p. 523-551. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza. Sobre os reflexos da inflação legislativa no princípio da segurança e da certeza, ver Hervé Croze, Le droit malade de son information. In: *DROITS*, 1986. v. 4, p. 81.

Concretização do dano ambiental

Algumas objeções à teoria do “risco integral”

ANDREAS JOACHIM KRELL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Dano ao bem ambiental difuso e individual. 3. Fundamentação teórica da responsabilidade objetiva por dano ambiental; teorias do “risco integral” e do “risco-proveito”. 4. A responsabilidade por atividade ou obra lícita (legítima), autorizada pelo Poder Público; o exemplo do Direito Civil Alemão. 5. O conceito legal do Dano Ambiental. 6. O sacrifício especial de direito individual. 7. Linhas paralelas com a Responsabilidade Objetiva da Administração Pública. 8. Dano Ambiental: interpretação da lei e exercício de discricionariedade. 9. O papel especial do Poder Judiciário no contexto da Lei nº 7.347/85. 10. A relação entre “lesividade” e “ilegalidade” do ato público no âmbito da Ação Popular. 11. Evidência do dano causado ao meio ambiente; aspectos subjetivos da responsabilidade. 12. Considerações finais.

1. Introdução

Nos últimos anos, tornou-se mais intensa, na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, a abordagem de problemas ligados a danos causados ao meio ambiente e a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos. Temas muito discutidos no âmbito da responsabilidade objetiva por dano ambiental são a dificuldade na determinação da participação concreta de cada um de múltiplos poluidores (por ex.: em pólos industriais); a inversão do ônus de prova para o lado do potencial poluidor; a valoração do dano ecológico, isto é, a definição do valor monetário a ser pago pelo poluidor por danos causados ao ambiente e à paisagem.

Esses assuntos, no entanto, não são objeto deste trabalho, que se concentra em discutir se uma atividade pode ser considerada como “dano ambiental”, embora esteja sendo desenvolvida

Andreas Joachim Krell é Doutor em Direito pela Universidade Livre de Berlim (PhD) e Professor visitante de Direito Ambiental das Universidades Federais de Alagoas e Pernambuco (Pós-Graduação).

dentro dos limites estabelecidos por lei ou autorização válida expedida pelo Poder Público. Como vamos ver adiante, a resposta não pode ser dada de maneira uniforme e unívoca para todos os casos de poluição e degradação ao meio ambiente e de desrespeito a valores estéticos, históricos, paisagísticos e turísticos.

O que nos parece ser o mais importante é voltar a atenção ao próprio conceito do dano utilizado na legislação material e processual sobre o meio ambiente, dando a ele uma interpretação coerente, virado sempre às circunstâncias do caso concreto.

Juntando alguns argumentos contra a teoria do “risco integral”, não queremos, de maneira nenhuma, propagar um afrouxamento ou a diluição do rigor da responsabilidade objetiva por dano ambiental ou contrariar os sucessos do esforço desenvolvido durante os últimos anos por parte dos integrantes mais expressivos da doutrina do Direito Ambiental brasileiro.

É a intenção deste estudo questionar, de maneira construtiva, alguns conceitos utilizados atualmente na doutrina nacional em relação ao “dano ambiental” e sugerir uma linha diferente de argumentação jurídica para podermos chegar, futuramente, num caminho mais seguro, à responsabilização administrativa e judicial dos poluidores e degradadores do meio ambiente.

2. Dano ao bem ambiental difuso e individual

O diploma legal básico para o tratamento jurídico do dano ambiental no Brasil é a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938/81, cujo art. 14, § 1º, reza que “o poluidor é obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

No sistema jurídico nacional, podemos identificar uma “bifurcação” do dano ambiental: num lado, o dano *público* contra o meio ambiente, que é “bem de uso comum do povo” (art. 225, CF), de natureza *difusa*, atingindo um número indefinido de pessoas¹, sempre devendo ser cobrado por Ação Civil Pública ou Ação Popular e sendo a indenização destinada a um fundo;

¹ Leitura básica a respeito é Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos interesses difusos em juízo* – meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 20.

no outro lado, o dano ambiental *privado*, que dá ensejo à indenização dirigida à recomposição do patrimônio *individual* das vítimas².

Contudo, o dano ambiental, no Brasil de hoje, raramente é alegado perante o Judiciário como prejuízo próprio, meramente individual de determinado cidadão, ressarcível somente com os meios do processo civil clássico³. Nesse caso, o objeto lesado é a face da propriedade privada ou saúde individual do bem comum *meio ambiente*. Essas ações individuais podem ser ajuizadas de maneira independente, não havendo efeito de coisa julgada entre a ação individual e a coletiva⁴. Nessas ações privadas, a responsabilidade do poluidor é objetiva também.

Por exemplo, a propriedade rural do fazendeiro *F* foi invadida por seu inimigo *P* que tocou fogo numa área remanescente de Mata Atlântica e despejou veneno no açude matando a fauna aquática. *F* pode abrir uma ação civil comum contra *P*, exigindo indenização pelo dano material que ele sofreu (valor comercial da madeira e dos peixes, mais danos *morais*). Além disso, é possível a propositura de uma Ação Civil Pública para ressarcir o dano ambiental causado à coletividade pelo comportamento de *P* (queimada da floresta, deterioração do recurso hídrico).

No caso em que o agente poluidor fosse o próprio *F*, para poder construir no seu terreno, por capricho ou negligência, a Ação Civil Pública se dirigiria contra ele mesmo, em virtude de *F* não ser dono do valor ambiental dos ecossistemas existentes no seu terreno, sendo este bem ambiental *difuso*, pertencendo à toda coletividade.

² MILARÉ, Edis. (Coord.). Ação civil pública: 10 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 207: A ação civil pública em defesa do ambiente.

³ BENJAMIN, Antônio Herman. (Coord.). *Dano ambiental*: prevenção, reparação e repressão. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 233: O princípio poluidor-pagador.

⁴ Existe a possibilidade da propositura de Ação Civil Pública em defesa de vários indivíduos prejudicados por uma poluição ambiental por representar um “interesse individual homogêneo”, sendo o dano deles de origem comum, cf. FIORILLO, C. A. RODRIGUES, M. A. NERY, R. M. Andrade. *Direito Processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 170.

Outros casos típicos de danos *individuais* por poluição são a sujeira na fachadas de casas particulares por emanção de fumaça de fábrica, problemas de saúde pessoal por emissão de gases e partículas em suspensão (ex.: bronquite) ou ruídos, a infertilidade do solo de um terreno privado por poluição do lençol freático, doença e morte de gado por envenenamento da pastagem por resíduos tóxicos, etc.

Em alguns países europeus, como na Alemanha, onde se construiu, nas últimas décadas, um sistema administrativo relativamente eficiente de proteção aos recursos naturais, a prevenção ou indenização de um dano ambiental, no âmbito do processo civil, somente pode ser reivindicada como dano *individual*, que atinge o direito subjetivo de uma pessoa física ou jurídica. No sistema germânico, o meio ambiente *por si* – como bem de interesse *difuso* – (ainda) não é objeto de proteção jurídica-civil.

Lá, a água, o ar e o solo somente constituem “o caminho de passagem para a realização de um dano reparável que deve se produzir na vida, na integridade corporal, na saúde humana ou na conservação de uma coisa”⁵. O interesse da coletividade de dispor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado está sendo protegido apenas por parte dos órgãos administrativos e, de menor escala, pelo direito penal.

3. Fundamentação teórica da responsabilidade objetiva por dano ambiental; teorias do “risco integral” e do “risco-proveito”

Em geral, o sistema brasileiro de responsabilidade civil é de cunho *subjetivo*, tendo por seu fundamento a *culpa* do causador de um dano (art. 159, CC). No entanto, a legislação específica, em algumas áreas, retirou a necessidade da comprovação da culpa (dolo, negligência, imprudência ou imperícia) do agente de um ato lesivo. Exemplos são as áreas de transportes aéreo e ferroviário, acidentes de trabalho e, ultimamente, danos causados pelo produtor ou fornecedor de bens de consumo e a empresa prestadora de serviços (Código de Defesa do Consumidor).

⁵ VON BRETENSTEIN, Detlev. apud MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 245.

No decorrer da história, desde a Revolução Industrial no século passado, o aumento da complexidade das atividades empresariais, a industrialização dos bens de consumo de massa e a mecanização dos processos produtivos levaram à impossibilidade da definição e comprovação exata do grau de culpa do agente causador de danos. Em inúmeros casos, a desigualdade econômica, a capacidade organizacional das empresas e as cautelas dos juízes na aferição dos meios de prova trazidos ao processo dificilmente lograram convencer da existência de culpa⁶.

Com o advento da Lei nº 6.938 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981, a responsabilidade civil para a reparação do dano ambiental passou a ser *objetiva* também (art. 14, § 1º), não sendo mais necessário comprovar a culpa do poluidor do meio ambiente. Uma das razões da introdução da responsabilidade objetiva nessa área foi também o fato de que a maioria dos danos ambientais graves era, e está sendo, causada por grandes corporações econômicas (indústrias, construtoras) ou pelo próprio Estado (empresas estatais de petróleo, geração de energia elétrica, prefeituras), o que torna quase impossível a comprovação de culpa concreta desses agentes causadores de degradação ambiental.

Indagando sobre a justificativa teórica da responsabilidade civil objetiva por danos ambientais, no entanto, podemos constatar uma certa confusão na literatura jurídica nacional. A maioria dos autores adere à teoria do *risco integral*, que não permite nenhum tipo excludente da responsabilidade, como vamos ver adiante. Esses autores, de regra, acrescentam que a responsabilidade objetiva por dano ambiental decorre também da teoria do *risco-proveito* ou “risco do usuário”: quem obtém lucros com determinada atividade deve arcar também com os prejuízos causados à natureza, evitando assim “a privatização dos lucros e socialização dos prejuízos” (*ubi emolumentum, ibi onus*).

A teoria do *risco-proveito* nos parece apontar ao principal motivo da introdução da responsabilidade objetiva no direito brasileiro. Ela é consequência de um dos princípios básicos da

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 262; ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *Responsabilidade civil e meio ambiente: breve panorama do direito brasileiro*. In: BENJAMIN (Coord.), op. cit., p. 238.

Proteção do Meio Ambiente em nível internacional, o princípio do *poluidor-pagador*, consagrado ultimamente nas Declarações Oficiais da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92 – UNCED). Uma consequência importante dessa linha de fundamentação da responsabilidade objetiva pelo dano ambiental é a possibilidade de admitir fatores capazes de excluir ou diminuir a responsabilidade como: o caso fortuito e a força maior, o fato criado pela própria vítima (exclusivo ou concorrente), a intervenção de terceiros e, em determinadas hipóteses, a *licitude* da atividade poluidora.

Não são poucos os autores que, em primeiro momento, declaram-se adeptos da teoria do *risco integral*, que não permite excludentes de responsabilidade, e, depois, para fundamentar a sua posição, passam a recorrer a argumentos muito mais ligados à teoria do *risco-proveito*⁷.

Vale ressaltar que, no âmbito da responsabilidade do Estado, a doutrina clássica e a jurisprudência brasileira também nunca adotaram a versão “pura” da teoria do *risco integral*⁸, sempre admitindo fatores excludentes como a culpa da vítima e a força maior. Uma parte defende a teoria do “risco administrativo”⁹, que permite vários excludentes.

Os defensores do *risco integral* no contexto da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF)¹⁰ destacam que ela serve como meio de repartir por todos os membros da coletividade o ônus dos danos atribuídos ao Estado¹¹. O mesmo já não vale indiscriminadamente para todos os casos da ocorrência de um dano ambiental. O sujeito que deve indenizar aqui na maioria dos casos não é o erário do Estado e, em consequência, a coletividade, mas o poluidor parti-

cular, que muitas vezes até age com uma autorização válida concedida pelo próprio Estado.

Importante frisar, no entanto, que nessa área há uma importante distinção entre a responsabilidade do Estado por ato administrativo *legítimo* e a por ato *ilegítimo*, seguindo esta linha de fundamentação bem diferentes daquela.

Na área do Direito Privado, de maneira geral, a teoria do *risco-integral* no Brasil igualmente “nunca fez escola”¹², salvo nas áreas especialmente regulamentadas pelo legislador. O francês Ripert observou bem que, “quando a teoria do risco entende que a responsabilidade civil deriva da lei da causalidade, destrói a idéia moral”¹³.

Podemos constatar que a maior parte da doutrina do Direito Ambiental brasileiro, hoje, adere à “linha dura” da teoria do *risco-integral*, que não permite nenhum tipo de excludente nos casos de danos ambientais¹⁴.

4. A responsabilidade por atividade ou obra *licita* (legítima), autorizada pelo Poder Público; o exemplo do Direito Civil alemão

Desde o início, queremos deixar claro que recusamos a afirmação apodíctica de alguns defensores da teoria do *risco integral* de que a obrigação da indenização de qualquer dano ambiental não possa ser condicionada à *licitude* do ato lesivo. Pelo contrário, defendemos que a legalidade do ato pode, em determinados casos, até excluir o próprio conceito de *dano*, que parece ser um conjunto de interferências fáticas sobre a natureza e jurídicas sobre a situação legal, o que vamos tentar mostrar em seguida.

Como foi acima exposto, a consequência da teoria do *risco integral* é o dever de indenizar

⁷ Por exemplo: MILARÉ, op. cit., p. 210; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78; ATHIAS, Jorge A. Nunes. op. cit., p. 244.

⁸ Um bom resumo da situação apresenta Fernando Facury Scaff, *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 68.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 551.

¹⁰ “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 culpa e dolo”.

¹¹ PEREIRA, op. cit., p. 270, 274.

¹² *Ibidem*, p. 281.

¹³ RIPERT Apud PEREIRA, op. cit., p. 273. A teoria do risco (integral) foi desenvolvida na França, acima de tudo para resolver o problema da indenização de *acidentes de trabalho*, em virtude da desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a menor disponibilidade de provas por parte do empregado que quase sempre levavam à improcedência da ação de indenização; *Ibidem*, p. 270, 275.

¹⁴ Por exemplo: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 206; NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *Revista Justitia*, n. 131, p. 175. Muitos destes autores, no entanto, não aprofundam a análise da questão.

mesmo que a conduta do agente causador do dano ao meio ambiente seja lícita, autorizada pelo poder competente e obedecendo os padrões técnicos para o exercício de sua atividade.

Alguns autores dessa corrente alegam que existe, tanto no direito público quanto no direito privado, um princípio pelo qual a licitude da atividade não exclui o dever de indenizar.

Fábio Lucarelli defende a desconsideração da licitude do ato poluidor, alegando que o Estado não teria o poder de admitir agressão à saúde pública e que ele, não raras vezes, especifica normas e padrões a serem respeitados, agindo em causa própria, eis que também exerce atividades danosas ao ambiente¹⁵.

Ora, essa argumentação seria válida para a responsabilização somente do Estado pela emissão de licenças e autorizações descabidas, mas não para a condenação de particulares que operam fontes de poluição dentro dos limites estabelecidos. Resta deixar claro que muitos danos ambientais não surtem conseqüências imediatas na saúde pública da região, como nos casos de derrubada de árvores, poluição de recursos hídricos distantes de assentamentos humanos, morte de animais silvestres, deformação da paisagem litorânea, etc.

No sistema jurídico da Alemanha, existem maneiras diversas como atos autorizadores de direito público (*öffentlich-rechtliche Gestaltungsakte*) capazes de influenciar pretensões individuais de direito privado (*privatrechtliche Ansprüche*) na área de incomodações e danos ao meio ambiente. A regra que prevalece lá é que particulares *não* podem exigir o *embargo* de obras ou atividades legalmente licenciadas, mas podem, em determinados casos, pleitear o pagamento de *indenização* por danos sofridos em seus direitos individuais. Em algumas hipóteses, a autorização pública inviabiliza até esse tipo de pretensão particular¹⁶.

A Lei Federal de Responsabilidade Civil Ambiental (*Umwelthaftungsgesetz*) da Alemanha de 1990 tem por objetivo melhorar a situação jurídica de pessoas que sofreram um dano individual em virtude de poluição ambiental. A lei introduziu uma responsabilidade objetiva, baseada no

risco criado, de determinadas fontes poluidoras (sobretudo instalações industriais) para danos nos “meios” ecológicos ar, solo e água¹⁷. A lei estabelece uma *presunção de causalidade* entre determinadas atividades poluidoras e o dano, o direito de informação do indivíduo afetado perante o dono da instalação e os órgãos públicos, para mudar a notória situação de inferioridade dos prejudicados e os seus problemas de comprovação donexo causal.

Porém, o próprio texto legal determina que a *presunção de causalidade* não se aplica se a instalação está sendo explorada “de forma regular”, o que é o caso quando são respeitadas as *obrigações particulares* como normas, autorizações e ordens executórias administrativas (§ 2º e 3º). Essa “*presunção*” de que *não* existe um dano ambiental, contudo, pode ser contrariada no caso concreto.

Os pontos fracos da teoria do *risco integral* se mostram ainda em outros aspectos. Para os seus defensores, essa teoria também se aplica no caso do dano ambiental individual, que está expressamente incluído no âmbito da vigência da responsabilidade objetiva (art. 14, § 1º, Lei nº 6.938/81). Como essa teoria não permite nenhum tipo de excludente subjetivo da responsabilidade, não é possível levar em consideração a participação do próprio prejudicado na concretização do dano.

Por exemplo, um fazendeiro move uma ação civil contra seu vizinho alegando que este lhe causou um dano na sua propriedade por ter derrubado a maior parte das árvores no seu terreno e poluído o seu solo com agrotóxicos, o que provocou a migração de uma certa espécie de insetos para o seu terreno onde eles causaram prejuízos nos animais e nas plantações. O laudo técnico de um agrônomo confirma que a causa concreta dessa “invasão” foi a poluição do terreno do réu. Independente da questão se o pretense poluidor tenha agido com autorização do Poder Público ou não, poderíamos deixar fora do raciocínio o fato que o vizinho reclamante nunca vacinou os seus animais e tratou suas plantas contra a doença transferida pelos insetos, embora todos os fazendeiros da região tenham procedido de tal forma?

¹⁵ LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*, n. 700, p. 12, fev. 1994.

¹⁶ BREUER, Rüdiger. *Umweltschutzrecht*. In: MÜNCH I. Von, SCHMIDT-ABMANN E. (Coord.). *Besonderes Verwaltungsrecht*. 9. Aufl. Berlin: Verlag Walter de Gruyter. 1992. p. 445.

¹⁷ Trechos do texto da lei (de 10.12.1990), em português são citados por MACHADO, op. cit., p. 256.

Esse exemplo aponta a inviabilidade do desligamento total da questão da responsabilidade civil por dano ambiental de fatores subjetivos. Em outros países, existe a responsabilidade objetiva em determinadas áreas da poluição ambiental, porém não se aplica em todos os casos, sem qualquer possibilidade de distinção e admissão de fatores excludentes ou diminuintes da responsabilidade. Tem de ser considerado também que a adoção da teoria do *risco integral* no âmbito da responsabilidade civil pelo dano ambiental iria causar riscos incalculáveis para o empresário, que não poderia mais confiar em licenças válidas concedidas pelos órgãos administrativos.

5. O conceito legal do Dano Ambiental

O cerne do problema nos parece estar situado na questão do entendimento correto do conceito do *dano ambiental* no sentido do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. A referência ao conceito do dano ambiental volta à tona na lei processual sobre a Ação Civil Pública (n.º 7.347/85, art. 1º); é pacífico na doutrina que a questão do que seja um *dano* ao meio ambiente é respondida pela legislação *material* referente à proteção ambiental.

Viana Bandeira destaca com efeito que, na indagação sobre o conteúdo do conceito “dano ambiental”, teríamos de considerar que o mesmo, por um lado, apresenta-se como um fenômeno físico-material; por outro lado, pode integrar um fato jurídico qualificado por uma norma e sua inobservância e que somente pode cogitar-se um dano se a conduta for considerada injurídica no respectivo ordenamento legal; assim, a injuridicidade decorre da violação de um interesse juridicamente protegido¹⁸.

Portanto, não basta a simples opinião pessoal do aplicador do Direito (agente administrativo, promotor, juiz) que certo comportamento “faz mal ao meio ambiente”; sempre deve haver uma norma que proíba certa atividade ou proteja determinado bem ecológico. É claro que, no ato da subsunção dos fatos ao texto da norma, sempre vai haver influência da atitude pessoal do intérprete¹⁹.

¹⁸ BANDEIRA, Evandro Ferreira de Viana. O dano ecológico nos quadros da responsabilidade civil. In: DALLARI, Adilson A. FIGUEIREDO, Lúcia V. (Coord.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 265, 268.

¹⁹ Sobre essa questão veja Karl Engisch, *Introdu-*

No art. 3º, III, da Lei n.º 6.938/81 da Política Nacional do Meio Ambiente, o conceito de *poluição* está sendo definido de maneira extremamente ampla, como

“degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

Podemos afirmar que, onde existir *poluição* no sentido do art. 3º, III, da Lei n.º 6.938/81, muitas vezes vai haver também um *dano ambiental* de acordo com o art. 1º, I, da Lei nº 7.347/85, visto que a definição do conceito de dano da lei processual se rege pelas normas do direito ambiental material.

Portanto, nem toda alteração negativa do meio ambiente pode ser qualificada como *poluição* ou *dano*. Na verdade, o conceito e o conteúdo do *dano ambiental* na legislação ficaram relativamente indefinidos²⁰. Hely Lopes Meirelles esteve com razão quando alegou que “de um modo geral as concentrações populacionais, as indústrias, o comércio, os veículos, a agricultura e a pecuária produzem alterações no meio ambiente, as quais somente devem ser contidas e controladas quando se tornam intoleráveis e prejudiciais à comunidade, caracterizando poluição reprimível. Para tanto, a necessidade da prévia fixação técnica e legal dos índices de tolerabilidade, dos padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora²¹”.

A doutrina normalmente aponta três características do dano ambiental: a sua *anormalidade*, que existe onde houver modificação das propriedades físicas e químicas dos elementos naturais de tal grandeza que estes percam, parcial ou

ção ao pensamento jurídico. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 205; REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, p. 285.

²⁰ GEVAERD FILHO, Jair Lima. Anotações sobre os conceitos de meio ambiente e dano ambiental. *Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente*, Curitiba, 1987. p. 17.

²¹ Proteção ambiental e ação civil pública, *Revista dos Tribunais*, n. 611, p. 11, 1986.

totalmente, sua propriedade ao uso; a sua *periodicidade*, não bastando a eventual emissão poluidora e a sua *gravidade*, devendo ocorrer transposição daquele limite máximo de absorção de agressões que possuem os seres humanos e os elementos naturais²².

Essas tentativas de “caraterizar” um dano ambiental, no entanto, ajudam muito pouco nos casos de alterações do meio ambiente que foram autorizadas pelo Poder Público. O problema aqui não está em saber se existe ou não o fato ou o perigo de uma transformação do meio ambiente, mas questiona-se se essa mudança é legal ou ilegal e se o causador das mudanças ecológicas deve indenizar a coletividade.

Alguns autores, no entanto, parecem sentir a problemática do tema. Dantas de Carvalho, por exemplo, alega que, para verificar, no caso concreto, a incidência de um dano ambiental, a questão crucial seria “entender a amplitude da alteração necessária do meio ambiente, pois, se levada a extremos, a simples derrubada de uma árvore para a construção de um hospital geraria o dever de ressarcir²³”.

Por exemplo, o dono de um sítio recebe a autorização dos órgãos competentes para derrubar árvores no seu terreno para realizar uma construção; verifica-se, depois, que as árvores eram de uma espécie rara, valiosíssima para o meio ambiente local, e que o órgão da prefeitura ou do Estado errou em concedê-la. Parece inaceitável a propositura de Ação Civil Pública contra o particular por ter causado um *dano ambiental*. A co-responsabilidade do órgão expedidor da licença não melhora muito a situação do pretense degradador ambiental, visto que ele vai ter de se defender no processo e poderá até sofrer uma condenação para, depois, ter de ajuizar uma ação de regresso contra o Poder Público.

6. O sacrifício especial de direito individual

Para fundamentar a tese de que mesmo uma licença ou autorização válida do órgão ambien-

²² MACHADO, op. cit., p. 253; LUCARELLI, op. cit., p. 10.

²³ CARVALHO, Michelle Dantas de. Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais, In: ESTUDOS de Direito Administrativo: em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 309.

tal competente para a atividade desenvolvida *não* serve como excludente da responsabilidade por dano ambiental, alguns autores tentam se valer do argumento de que existe, há muito tempo, uma regulamentação de efeitos idênticos na área do *direito de vizinhança* dos Códigos Civis do Brasil e de outros países. Alegam também que autorizações e licenças geralmente são outorgadas pelos órgãos administrativos com a “inerente ressalva de direitos de terceiros²⁴”.

Nesse contexto, cita-se a lição de Karl Larenz, ao afirmar que

“o fundamento do dever de indenizar reside na exigência de uma justiça comutativa de que aquele que tem defendido seu interesse em detrimento do direito alheio, conquanto de maneira autorizada, tem de indenizar o prejudicado que teve de suportar a perturbação de seu direito²⁵”.

Vale ressaltar, no entanto, que essas palavras do jurista alemão comentam o instituto da *Aufopferung* (sacrifício) do direito civil alemão (§ 906, II, BGB): as normas sobre o direito de vizinhança tratam do caso de que alguém está incomodando e prejudicando o imóvel vizinho com a emanção de gases, vapores, odores, fumaça, fuligem e ferrugem, calor, ruídos ou vibrações (em alemão chamados de *Immissionen*).

A regra, que a lei alemã estabelece, é que o vizinho prejudicado tem o direito de exigir o fim dessas incomodações físicas até se a fonte incomodadora está operando dentro dos padrões da autorização estatal²⁶. Porém, não há este direito ao embargo das atividades incomodadoras nos casos em que essas *Immissionen* sejam “comuns no local” (*ortsüblich*), isto é, que nesse bairro existam vários tipos dessas fontes de incomodação (por ex.: bares, restaurantes, padarias, escolas, comércios, indústrias). Todavia, essa obrigação de tolerar as incomodações (*Duldungspflicht*) é compensada por meio do direito de

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 216.

²⁵ LARENZ, apud NERY JR, Nelson, NERY, Rosa M. de Andrade. *Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental*. In: BENJAMIN (Coord.). op. cit., p. 278, 280.

²⁶ Expressamente o art. 14 da Lei Federal de Proteção contra Impactos Ambientais Nocivos por meio de Poluição do Ar, Ruídos, Vibrações e fenômenos semelhantes (Bundes-Immissionsschutzgesetz) de 15.3.1974.

receber uma “justa indenização em dinheiro” quando as perturbações inviabilizam o aproveitamento comum do imóvel prejudicado e não podem ser evitadas mediante “medidas economicamente proporcionais”. Temos, portanto, nessa hipótese do direito alemão, uma atividade que, embora de ser legal, enseja o dever de indenização ao vizinho²⁷.

O fundamento da indenização, nesses casos de vizinhança, é a *equidade*: não é justo que um indivíduo sofra um dano ou prejuízo no seu patrimônio, embora a atividade seja legal por ter sido autorizada pelo Poder Público.

No caso do dano ambiental *difuso*, a situação se apresenta de maneira diferente: não existe a necessidade de repartir os ônus de alguns poucos que, comparados com a coletividade, sofrem um “sacrifício especial” nos seus direitos. O “interessado” aqui é a coletividade, cujos interesses, no Estado de Direito, estão sendo defendidos – bem ou mal – por parte do Poder Público, sobretudo dos órgãos administrativos da União, Estados e Municípios, ainda que reconheçamos que a “função ambiental²⁸” não está sendo exercida exclusivamente pelo Poder Executivo.

Ousamos até afirmar que os próprios conceitos de “sacrifício especial individual” no sentido alemão e a “violação de interesse ou direito difuso” se excluem mutuamente.

7. Linhas paralelas com a Responsabilidade Objetiva da Administração Pública

Nessa linha de raciocínio, podemos aportar mais um exemplo de conjectura jurídica paralela. Trata-se da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública. É pacífico na doutrina que pode haver uma responsabilidade solidária do Estado – ao lado do poluidor – nos empreendimentos sujeitos a aprovações do Poder Público no caso de autorizações legais, pelo critério da teoria objetiva; alguns aceitam essa tese desde que haja um dano (sacrifício) especial ao meio ambiente, afetando certas e determinadas pessoas da comunidade²⁹.

²⁷ HOPPE, Werner, BECKMANN, Martin. *Umweltrecht*. MÜNCHEN: Verlag C. H. Beck, 1989. p. 262.

²⁸ BENJAMIN, op. cit., p. 52: Função ambiental.

²⁹ MUKAI, Tóshio. *Direito Ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 72.

Por exemplo, na concessão da autorização de uma fábrica, o funcionário do órgão ambiental do Estado age com toda perícia e prudência exigidas, estabelecendo padrões e limites de emissão segundo os conhecimentos atuais da ciência. Mesmo assim, as emanções da fábrica depois vêm a causar danos em algumas plantações de frutas da região. O Estado é co-responsável pelo dano provocado pela atuação não-culposa do seu agente; o ato administrativo é legal, mas leva a responsabilidade objetiva do Estado, pois houve um dano especial de determinados indivíduos.

Essa linha de raciocínio não está restrita ao âmbito do dano ambiental. Para admitir qualquer responsabilidade civil (objetiva) do Estado por ato administrativo *legítimo*, Celso Antônio Bandeira de Mello exige a existência de um “dano especial que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade³⁰”, e afirma que “o fundamento da responsabilidade estatal, no caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De seguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito³¹”.

Se existe essa exigência do “sacrifício especial” e individual para a aceitação da responsabilidade objetiva do Estado por dano ambiental, nenhum argumento nos parece válido para não estender essa condição também aos casos da responsabilidade do particular que agiu dentro dos padrões estabelecidos pelo Poder Público.

³⁰ *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 456.

³¹ MELLO, op. cit., p. 442. Esse entendimento jurídico é o mesmo em vários países europeus: cf. RODRIGUES, Luis Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública em cinco estados das comunidades européias. In: QUADROS, Fausto de (Coord.). *Responsabilidade civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 248.

Não olvidamos que a razão da introdução da responsabilidade objetiva pelo dano ambiental (dificuldade de comprovação, cobrança maior contra o consumidor de recursos naturais) difere do fundamento da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos dos seus agentes (posição econômica forte do Estado com as suas prerrogativas legais perante o cidadão).

Também levamos em conta que, no caso da responsabilidade do Estado, normalmente se trata de danos causados a particulares mediante “atividades desempenhadas no interesse de todos”, enquanto, no dano ambiental, o poluidor age, acima de tudo, em interesse próprio na perseguição de lucro pessoal.

A constelação de interesses envolvidos, no entanto, parece ser semelhante: se o Estado somente precisa indenizar os danos causados por aqueles atos legítimos, que são qualificáveis como “sacrifícios especiais”, parece injusto o particular, que cumpriu fielmente as exigências e padrões da autorização concedida pelo poder estatal, dever indenização *por todo e qualquer dano* que venha a se concretizar depois, especialmente *o difuso*.

Segundo a nossa opinião, o causador do prejuízo ecológico responde, independentemente da licitude do seu ato, somente onde existe um dano ambiental individual, em virtude da existência de um sacrifício especial de outrem, situação que exige, por motivos de equidade, a indenização dos prejuízos causados (solução do Código Civil Alemão).

As atividades produtivas ligadas aos setores da indústria, da construção civil, do comércio, do transporte, etc. normalmente surtem também efeitos *positivos* para a sociedade, como a criação de empregos, renda e tributos. Cabe ao Poder Público controlar e disciplinar essas iniciativas e ações e direcioná-las em caminhos e formas que não levam a danos à coletividade, como à saúde e segurança das pessoas e ao meio ambiente.

Onde o Estado falha em preencher essa função e emite licenças que permitem impactos ambientais nocivos, não é justo repassar a responsabilidade ao particular, especialmente nos casos em que ele podia ser confiante na certidão da autorização e na regularidade e licitude da sua atuação. O primeiro guardião dos interesses da coletividade como do bem difuso *meio ambiente* ainda é o Estado, não o cidadão.

8. Dano Ambiental: interpretação da lei e exercício de discricionariedade

Os órgãos públicos responsáveis pela defesa da saúde da população e a salubridade do meio ambiente – seja a Prefeitura, o órgão ambiental do Estado ou o IBAMA – produzem atos administrativos mediante subsunção do suporte fático aos conceitos das normas. A competência de declarar que há ou não um “perigo ao ambiente”, um “impacto ecológico significativo”, uma “degradação ambiental” ou um “risco à saúde pública” é, em primeiro momento, do Poder Executivo na sua função de aplicar a lei. Ao mesmo tempo, quase todas decisões administrativas ligadas ao licenciamento de atividades capazes de causar impactos ambientais representam, na verdade, *autorizações* por envolverem juízos de conveniência, e, por isso, o exercício de discricionariedade administrativa³².

No ato da concessão de autorização pública para a realização de uma atividade que onera os recursos naturais, o efeito negativo sobre o meio ambiente, muitas vezes, já é previsível, e os futuros impactos ambientais já são objeto de exercício da discricionariedade administrativa: calcula e avalia-se a relação entre os riscos da futura oneração do meio natural provocados pela atividade e os proventos oriundos da atividade poluidora³³. A produção de cimento, celulose, produtos químicos e petrolíferos, etc. sempre vai causar algum impacto negativo sobre o meio ambiente local ou regional. O emprego de processos e métodos da tecnologia moderna de filtragem e limpeza dos efluentes, das emanações e dos resíduos sólidos é capaz de diminuir esses efeitos, porém nunca vai eliminá-los inteiramente.

A avaliação de um Relatório de Impacto Ambiental (Rima), obrigatório para o licenciamento de determinados projetos e atividades³⁴, por sua natureza, já representa um processo complexo da valoração dos potenciais efeitos negativos, colocando-os em relação direta com as vantagens do projeto ou da atividade para o meio social da região.

O seguinte exemplo contribui para esclarecer o problema. A Resolução 02/96 do Conama, no

³² Sobre a confusão dos conceitos: MACHADO, op. cit., p. 188.

³³ Veja a respeito MILARÉ, BENJAMIN, *Estudo prévio de impacto ambiental*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 67.

³⁴ Veja o art. 2º da Resolução 001/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

seu art. 1º, determina que,

“para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento do empreendimento de relevante impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento do EIA/Rima, terá como um dos requisitos a serem atendidos pela atividade licenciada a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto.”

Parece difícil alegar que, depois da instalação da unidade de conservação, o efeito negativo que o empreendimento venha a causar a um ecossistema ainda pode ser qualificado como “dano ambiental” e, portanto, levar à responsabilidade com base no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.

No entanto, os defensores da “linha dura” teoria do *risco integral*, até em casos como este, devem exigir a condenação do pretenso “poluidor” a desfazer a degradação ou pagar indenização, visto que eles não querem levar em consideração o fato de ser a atividade lícita (autorizada por lei ou ato administrativo) ou não, atitude que, evidentemente, nos levaria a resultados absurdos. Isso prova que, em certos casos, o próprio ato de autorização da atividade ou do empreendimento exclui a atribuição do conceito “dano” aos efeitos negativos sobre o meio ambiente por ele provocados.

Ao mesmo tempo, os próprios padrões de emissão (água, ar, solo, ruídos) elaborados pelo legislador ou órgãos administrativos (por ex. o Conama) são resultados de uma avaliação e decisão política dos respectivos órgãos sobre a questão se tais efeitos sobre o meio ambiente podem ser tolerados ou não. Enquanto o emissor fica abaixo dos limites estabelecidos, o seu comportamento é considerado *tolerável* em face dos efeitos positivos os quais as atividades produtivas normalmente provocam, como a geração de emprego e de tributos.

É claro que o licenciamento de uma atividade que causa impactos ambientais nunca é capaz de legalizar possíveis *acidentes* ecológicos como vazamentos de gás ou substâncias venenosas na água, explosões, queimadas ou qualquer outro acontecimento imprevisto que prejudique os recursos naturais; esses fatos sempre são considerados ilícitos.

9. O papel especial do Poder Judiciário no contexto da Lei nº 7.347/85

Nesse ponto, vale ressaltar a posição destacada dos tribunais na *interpretação* da legislação ambiental. Onde uma prefeitura ou um órgão estadual licenciam um projeto ou uma atividade interpretando a legislação ambiental e/ou urbanística de uma determinada maneira e, em seguida, o Ministério Público ou uma Associação da Sociedade Civil discorda dessa interpretação e instaura uma Ação Civil Pública, o juiz enfrenta a situação de ter de verificar se o ato administrativo realmente operou a interpretação correta da norma material.

Porém, a função do Poder Judiciário, nesse contexto, não pára nesse ponto. O Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que não há restrição ao poder revisional dos tribunais sobre o juízo da Administração quando esta não reconhece os valores de vida referidos na Lei nº 7.347/85. A identificação de um valor paisagístico, estético, histórico ou turístico, segundo o Relator Des. Jorge Almeida, não emerge de mera criação da autoridade administrativa, mas existe no plano da vida; ele arremata: “É de nossa organização política a posição superposta do Judiciário em face dos outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei.³⁵” O mesmo Tribunal não aceitou a alegação de que a construção de um emissário submarino pudesse causar danos à fauna marinha, em virtude de que o lançamento do esgoto no mar sem o emissário representaria um dano ambiental muito maior³⁶.

Diomar Ackel Filho elogia essa possibilidade de identificação de valores do art. 1º da Lei nº 7.347/85 pelo Poder Judiciário por ser uma

“evolução dinâmica do Direito, contemplando a discricionariedade na sua devida posição, não como *potestas* impenetrável do titular do poder, mas como *dever* jurídico orientado pela legalidade e princípios basilares que direcionam toda a atividade administra-

³⁵ T.J.S.P. 8. Câmara Civil. Acórdão de 21 de março de 1990. *Revista dos Tribunais*, n. 658, p. 91 e acórdão de 28 de março de 1988, com o mesmo Relator.

³⁶ T.J.S.P. Ag. 128.735-1. 2 de agosto de 1990, *Revista do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* v.128, p. 263-5, apud ANTUNES, Paulo de Bessa. *Jurisprudência ambiental brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 16.

tiva no rumo das exigências éticas dos administrados³⁷”.

Na mesma linha doutrinária da “identificação direta” – sem ser a prerrogativa dos Poderes Legislativo e Executivo – dos *valores difusos* do inciso III, art. 1º, Lei nº 7.347/85 pelo Judiciário anda Theotônio Negrão quando afirma que, para a incidência da Lei da Ação Civil Pública, “não é necessário que os atos praticados violem a lei ou ato administrativo³⁸”.

Não pode ser diferente o tratamento da identificação do *dano ambiental* (inciso I do art. 1º da Lei nº 7.347/85), isto é, a avaliação do bem por sua importância ecológica, o que inclui necessariamente uma *ponderação* do seu valor em relação a outros valores e interesses protegidos pelas Constituições.

Tem de ficar claro que essa “substituição” de *juízo de valores* – e, com isso também, do *mérito* da questão – é uma importante inovação dentro do sistema jurídico brasileiro que tradicionalmente limitou ao máximo o poder de revisão de atos discricionários da administração pública pelos tribunais, com base na teoria da divisão dos poderes.

Essa visão tradicional, no Brasil, está sendo ultrapassada, sofrendo influências especialmente por autores conhecedores do sistema germânico de tratamento da questão da discricionariedade, que distingue entre os “conceitos jurídicos indeterminados”, cuja interpretação pode ser controlada pelos Tribunais, e a *discricionariedade* em sentido estrito (*Ermessen*), na parte da escolha dos meios apropriados para a resolução do caso, onde os juízos de conveniência e propriedade do Executivo, via de regra, não devem ser substituídos pelo Judiciário, salvo em casos de má-informação sobre os fatos ou constelações excepcionais que somente permitem uma única solução, reduzindo-se a discricionariedade “a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*)³⁹.

³⁷ ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade administrativa e ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 657, p. 53.1990.

³⁸ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 668; no mesmo sentido: CAIS, Cleide Previtali. Proteção constitucional do meio ambiente. *Revista de Direito Público*, n. 89, p. 125. 1989.

³⁹ Veja a respeito: SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Boletim de Direito Administrativo*, abr. p. 227, 1991; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação civil pública:*

Não é possível, neste lugar, aprofundar a discussão sobre os problemas ligados ao exercício e controle da discricionariedade administrativa no sistema jurídico brasileiro. Resta constatar que essa questão deve ser considerada e refletida quando se indaga sobre a existência ou não de um *dano ambiental* no caso concreto.

Chegamos numa situação mais delicada ainda nos casos onde existe um ato *legislativo* municipal que legitima a mudança do meio ambiente com seus impactos negativos. Nessas circunstâncias, a representação eleita da população tem realizado uma ponderação política entre os valores ligados à proteção ambiental e, por outro lado, ao funcionamento de serviços públicos, a criação de empregos e geração de tributos, etc.

Surge a pergunta se o Poder Judiciário tem o direito de fazer valer a sua valoração e ponderação dos bens e interesses envolvidos *no lugar* do Legislativo, que normalmente possui um “espaço de livre conformação” da relação entre os interesses e valores sociais. Essa substituição de decisão legislativa sobre o valor ambiental de um bem parece possível somente em casos extremos, onde o legislador agiu com desrespeito evidente de valores consagrados na Constituição, sob aplicação do princípio de proporcionalidade⁴⁰. Nessas hipóteses, seria o caminho correto a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para controle do ato perante a legislação superior.

O Tribunal de Justiça de São Paulo ponderou que as obras de construção de uma central telefônica não podiam ser consideradas como causadoras de dano ambiental, visto que existia uma “prévia desafetação e competente autorização por lei municipal específica⁴¹”. Em outra decisão sobre o assunto, o TJSP. declarou

considerações sobre a discricionariedade... In: MILARÉ (Coord.) op. cit., p. 334; também: Estudos de Direito Administrativo : em homenagem ao Prof. Celso A. Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996, com vários trabalhos interessantes sobre o tema.

⁴⁰ Sobre esse tema atual e importante: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 1996; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 198 *passim*.

⁴¹ T.J.S.P. AC. 100.001-1, 24.11.1988. *RJTJSP*, v. 117, p. 41, apud ANTUNES, op. cit., p. 98.

que o direito do Ministério Público e das associações civis de agirem em defesa do meio ambiente tinha de ser colocado em relação a outros valores constitucionais, nesse caso a autonomia municipal, deixando claro que o “valor do meio ambiente tinha de ser entendido dentro dos seus devidos limites⁴²”.

Vale lembrar que a teoria do *risco integral* iria exigir a indenização do possível dano causado ao meio ambiente pela realização da obra pública, não levando em conta a importância da lei existente sobre a concretização do próprio conceito de “dano⁴³”.

10. A relação entre “lesividade” e “ilegalidade” do ato público no âmbito da Ação Popular

Para robustecer a nossa tese da necessidade da consideração do ato público autorizador legal como possível fator excludente da responsabilidade civil por dano ambiental difuso, podemos apontar também à relação de interdependência entre a *ilegalidade* e a *lesividade* do ato público impugnado por uma Ação Popular. Segundo o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal,

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]” (grifo nosso)

A Lei nº 4.717/65, por sua vez, determina que “a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele[...]” (art. 11). Nesse caminho, pode-se perfeitamente chegar à condenação de um poluidor particular a indenizar um dano ambiental difuso, sendo ele o “beneficiário” do ato público autorizador no sentido da lei supra citada. No sistema da Ação Popular, a condenação

⁴² T.J.S.P. Apelação Civil n. 104.577-1. de 27.10.88. Foi o caso da construção do novo prédio da Câmara Municipal de Ribeirão Preto (SP) num terreno que pertencia ao Parque *Maurílio Biagi*, uma das poucas áreas de lazer restantes no centro da cidade. Uma lei municipal, aprovada por unanimidade, decidiu a supressão de uma parte do parque para tal fim.

⁴³ BARROSO, op. cit., p. 161s.

a pagar indenização é a consequência da invalidação do ato público estatal que causou ou possibilitou a lesão do bem público *meio ambiente*, que normalmente consiste num ato administrativo autorizador de atividade potencialmente poluidora.

Vale ressaltar que a maior diferença entre a Ação Civil Pública e a Ação Popular consiste no fato de que essa última somente pode ser instaurada por um cidadão particular, e não pelo Ministério Público ou associações civis, o que limitou bastante a sua importância prática na defesa do meio ambiente no passado.

As semelhanças entre o objetivo dos dois meios processuais leva à indagação sobre o relacionamento entre o ato público impugnado e a condenação a indenizar o possível dano ecológico. Na doutrina sobre os requisitos de procedência da Ação Popular, sempre foi discutida a questão se seria suficiente a *lesividade* do comportamento estatal impugnado ou se era necessário também a sua *ilegalidade*.

Durante décadas, prevaleceu o entendimento de que era indispensável “o binômio ilegalidade/lesividade”, visto que os textos constitucionais anteriores, tratando da Ação Popular, mencionaram expressamente o critério de “nulidade ou anulabilidade” do ato lesivo como condição do cabimento da própria ação⁴⁴. Depois da promulgação da Carta de 1988, a doutrina dominante e a jurisprudência continuam exigindo também a *ilegalidade* do ato como condição para a procedência da ação⁴⁵.

Existe uma corrente atual que coloca ênfase na *lesividade* do ato impugnado, visto que o art. 5º, LXXIII, não faz mais referência a sua *ilegalidade*, alegando esses autores que a ilicitude do ato *sempre estaria presente* nos casos de lesividade ao patrimônio público, sendo esta um pressuposto daquela⁴⁶, reconhecendo, contudo, as dificuldades de erigir a *lesão*, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato⁴⁷.

⁴⁴ MANCUSO. *Ação popular*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 83, com numerosas referências à doutrina e jurisprudência.

⁴⁵ Cf. as referências de MUKAI, op. cit., p. 91.

⁴⁶ Por exemplo: TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 234; BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 237.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 399.

Importante ressaltar nesse ponto que, provocado via Ação Popular, o Judiciário (também) não é autorizado a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valorização refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração⁴⁸. Rodolfo Mancuso lembra que, somente alegando a *lesividade*, o Judiciário acabaria na incômoda posição de ter que avançar no mérito ou na discricionariedade administrativa do ato sindicado, em busca da afirmada *lesividade*, quando de correlata *ilegalidade* não se tivesse queixado o autor popular⁴⁹.

Na base do exposto, podemos observar que, no âmbito da Ação Popular, até hoje não é possível uma condenação a indenização de um dano ambiental difuso quando existir um ato público autorizador legal do mesmo.

11. Evidência do dano causado ao meio ambiente; aspectos subjetivos da responsabilidade

Já afirmamos que até a responsabilidade objetiva não pode se desligar completamente da consideração de aspectos subjetivos. Alguns autores ligam a obrigação de indenizar apesar de uma autorização válida a aspectos do princípio da *boa-fé*, que hoje começa a infiltrar todas áreas do direito público e privado e, no fundo, é um corolário do princípio máximo da justiça material no caso concreto⁵⁰.

José Afonso da Silva afirma que a responsabilidade pelo dano ambiental existe mesmo que o poluidor exerça a sua atividade dentro dos padrões fixados, “o que não exonera o agente de verificar, por si mesmo, se uma atividade é ou não prejudicial, está ou não causando dano⁵¹”.

Essa “verificação” pode ser efetuada somente em casos de uma certa *evidência* do dano ambiental, bem como a obviedade dos efeitos negativos que a atividade causa no ambiente local, como a morte de animais, a destruição da vegetação ou reclamações constantes da população sobre doenças diretamente ligadas às emissões.

⁴⁸ MEIRELLES. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, Habeas data*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 93.

⁴⁹ MANCUSO, op. cit.,

⁵⁰ Veja a respeito: SCAFF, op. cit., p. 105.

⁵¹ BREUER, op. cit., p. 444.

Parece imprescindível considerar também a *capacidade individual* do agente poluidor de reconhecer os danos por ele causados; o dano provocado por grandes indústrias que dispõem de equipes de cientistas e laboratórios próprios exige outro tratamento do que o dano acidentalmente causado por um particular. Isso é uma consequência dos princípios do “risco-proveito” e do “poluidor-pagador”, por meio dos quais surge uma maior *densidade de responsabilidade* para o poluidor economicamente mais forte, que utiliza, de maneira intensa, recursos naturais para gerar o seu lucro.

No caso da deterioração ecológica da Serra do Mar pelas indústrias do Pólo de Cubatão, os empresários responsáveis tinham conhecimento dos efeitos graves da poluição causada por suas fábricas, que era evidente. A alegação de que eles sempre tinham operado dentro dos limites de emissão fixados pelo órgão competente do Estado (CETESB) não podia levar a uma exclusão da sua responsabilidade, visto que as circunstâncias do caso concreto não permitiam a existência de uma “boa-fé” por parte das empresas licenciadas, que possuíam todas condições econômicas e técnicas de realizar estudos sobre os danos que se estavam realizando, de maneira óbvia, no ambiente local e regional.

Outro exemplo ilustrativo pelo fato de que, no âmbito da responsabilidade objetiva, não podem ser excluídos todos aspectos subjetivos relacionados ao agente causador do dano é a impossibilidade de construir uma responsabilidade objetiva *por omissão*. Uma omissão somente pode ser equiparada a uma ação lesiva quando existe um dever de atuação para evitar um dano. Sem dúvida, os órgãos ambientais estatais são obrigados por lei a impedir qualquer ato contra o meio ambiente. Mas isso não é suficiente.

Ficando somente no plano da conexão causal, qualquer dano ambiental provocado por um particular ensejaria automaticamente também a responsabilidade do órgão estatal competente, porque, se este tivesse atuado, certamente poderia ter evitado o dano. Isso levaria a uma responsabilidade *total* do Estado por danos ambientais, com a consequência desagradável que o Poder Público, numa boa parte dos processos, teria de indenizar pelo menos a metade do dano – com dinheiro do contribuinte!⁵²

⁵² Um bom resumo da doutrina apresenta CARVALHO op. cit., p. 315.

12. Considerações finais

O dano ambiental é capaz de manifestar-se no plano *coletivo* bem como no *individual*. No primeiro, é a coletividade que é atingida no seu interesse difuso de dispor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No segundo, um particular (pessoa física ou jurídica) sofre um prejuízo nos seus bens protegidos como a propriedade ou sua saúde por meio da degradação do meio ambiente ou de um recurso natural. As regras jurídicas para a concretização e reparação do dano ecológico *diferem* entre o dano individual e o coletivo/difuso.

O fundamento da introdução da responsabilidade objetiva pelo dano ambiental no Brasil é a teoria do *risco-proveito*, que é um corolário do princípio do “poluidor-pagador”, consagrado internacionalmente como um dos princípios básicos do Direito Ambiental. Não convencem inteiramente os autores que vêem como fundamento dessa responsabilidade objetiva a teoria do “risco integral”, que não permite fatores excludentes da responsabilidade.

A concretização do dano ambiental se opera no mundo *fático* bem como no mundo *jurídico*. Pode haver dano ambiental embora nenhuma norma do direito material seja infringida. Por outro lado, já é considerado poluidor quem emite emissões além dos padrões permitidos pela autorização do empreendimento; nesse caso, a ultrapassagem dos limites estabelecidos leva à presunção da existência de um dano ao meio ambiente.

A concessão da autorização para o exercício de uma atividade potencialmente poluidora é um processo administrativo complexo que se opera por meio da interpretação de *conceitos jurídicos indeterminados* e quase sempre envolve também o exercício de discricionariedade por parte do órgão licenciador/autorizador. Esse processo administrativo produz efeitos sobre a questão se pode existir ou não, no caso concreto, um *dano* ambiental. Uma corrente moderna da doutrina concede esse direito de “identificação” de valores ambientais, paisagísticos, estéticos, etc. também ao Poder Judiciário.

No plano do dano ambiental *individual*, é válido o argumento de que pode haver um sacrifício intolerável (por ser especial) de um bem ou interesse individual em prol da coletividade. A autorização da atividade poluidora pelo Poder Público, nesses casos, não impossibilita a reivindicação do particular de que o agente degradador *indenize* o dano sofrido por ele, o

que é uma conseqüência do princípio da equidade, que vigora também nas relações entre vizinhos, em que determinadas atividades lícitas podem levar à obrigação de pagar uma indenização.

A mesma regra não poder valer sem ajuste no âmbito do dano ecológico *difuso*. A Administração Pública tradicionalmente é considerada o guardião e defensor do interesse coletivo. Onde os órgãos competentes autorizam uma atividade (potencialmente) poluidora, o dano difuso, que porventura venha a se realizar no mundo fático, não pode acarretar uma responsabilização do particular por não ter causado um “sacrifício especial” a ninguém.

O caminho correto, nesses casos, é a provocação do controle judicial do próprio ato administrativo autorizador, sob a alegação da má interpretação de conceitos jurídicos indeterminados perante os fatos ou em face das normas constitucionais de defesa ambiental, e do exercício incorreto da discricionariedade. O sistema jurídico é uma *unidade*, devendo o intérprete evitar contradições entre os ramos distintos do Direito, aqui entre o *administrativo* e o *civil*.

No caso da provocação de um dano ambiental difuso, apesar da existência de uma licença/autorização pública válida para obra/atividade desenvolvida, é decisiva a questão se o causador do prejuízo ecológico agiu com *boa-fé*, acreditando na certidão e legalidade do seu comportamento. Na indagação da existência dessa boa-fé, devem ser considerados o poder econômico do poluidor, a sua capacidade técnica e estrutura administrativa, que podem levar à presunção da sua “má-fé” em relação a seu comportamento.

Para evitar os danos ao meio ambiente, a solução adequada nos parece ser a melhoria das condições de trabalho dos órgãos da *Administração Pública* incumbidos da defesa do meio ambiente, e melhoria de seu equipamento com recursos humanos e materiais suficientes para o exercício mais eficiente de suas tarefas legais.

Nesse processo, é indispensável a participação das populações atingidas pelos problemas ambientais, que devem exercer uma maior *pressão política* em relação aos governantes, parlamentares e administradores de todas três esferas federativas para que estes apertem as exigências técnicas nos licenciamentos e na fiscalização das atividades poluidoras.

Outro caminho de uma aplicação mais conseqüente do princípio do “poluidor-pagador”

no direito ambiental brasileiro seria a cobrança de *impostos e taxas* pelo fato de determinada atividade poluir o meio ambiente⁵³. Esses instrumentos, por enquanto, dificilmente estão sendo utilizados por parte dos governos nos três níveis da federação brasileira. Há também necessidade da exigência legal de um *seguro obrigatório* para atividades potencialmente causadoras de danos ambientais, com a fixação de valores mínimos de indenização.

Uma responsabilização indiscriminada de pretensos “poluidores” não parece ser a solução adequada para um Estado de Direito, onde existe o princípio da *segurança* e previsibilidade da situação jurídica e patrimonial do cidadão. Podendo ser justa a responsabilização do poluidor particular em alguns casos, pode-se tornar esta solução *injusta* em outros, como nos que envolvem pequenos produtores e fazendeiros bem como donos de pequenos e médios empreendimentos.

⁵³ ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1995. p. 54; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 19. *passim*.

Anotações pertinentes à regulamentação sobre transmissão de risco

Convenção da ONU de 1980, *Incoterms* e Código Civil brasileiro

Patrícia Bezerra de M. Galindo da
Fonseca

SUMÁRIO

1. Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. 1.1. Introdução. 1.2. Análise dos dispositivos. 2. Os Incoterms. 3. Preceitos nacionais. 4. Conclusão.

1. Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

1.1. Introdução

Ao tratar da transmissão do risco, o primeiro desafio do intérprete da Convenção consiste na adequação de determinada situação fática à hipótese legal, por meio da constatação da perda ou deterioração da coisa. Não apresenta dificuldade o risco oriundo de roubo, confisco, incêndio ou destruição, visto que risco¹ refere-se à ocorrência de danos acidentais sofridos pela mercadoria². Nicholas³ refere-se às quaisquer casualidades ocorridas com a mercadoria que não sejam devidas a um ato ou a uma omissão da parte. Dessa forma, deve-se identificar o motivo provocador da perda ou deterioração da coisa. Se tiver decorrido de ato ou omissão de uma das partes, na maioria das vezes, será caso de descumprimento de obrigação contratual pela parte faltosa. Aplicar-se-ão, nessa hipótese, as regras da Convenção prescritas no capítulo referente às obrigações das partes, e não as normas concernentes à transmissão do risco, de

Patrícia Bezerra de M. Galindo da Fonseca é Professora de Direito na Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, e “scholar in residence” no Instituto de Direito Comercial Internacional da Faculdade de Direito da Pace University, New York, USA.

¹ ROTH, P. M. The passing of risk. *American Journal of Comparative Law*, n. 27, p. 191, 1979.

² No direito brasileiro, risco significa possibilidade ou probabilidade de dano.

³ NICHOLAS apud, BIANCA, BONELL. *Commentary on the International Sales Law the Vienna Sales Convention*. Milan : Giuffrè, 1987. p. 484.

conseqüências menores à parte responsável pelo risco sob a coisa.

Com efeitos semelhantes aos comandos estabelecidos nos dispositivos 79⁴ e 80⁵ da Convenção concernentes à exoneração da responsabilidade das partes por descumprimento contratual, a incidência das normas sobre a transmissão de risco significa tão-só uma perda patrimonial que a parte detentora dos riscos sob a coisa deve arcar. Isto é, o alienante ou o adquirente tem a obrigação de pagar o preço da coisa, mas exonera-se da responsabilidade de indenizar a outra parte das perdas e danos pela não-entrega das mercadorias ou pela entrega de mercadorias deterioradas. Por exemplo, a deterioração de mercadorias perecíveis, tais como frutas ou plantas, por mudança brusca de temperatura. Sendo a mudança climática imprevisível, aplicam-se as regras da Convenção relativas à transmissão de risco. Sendo previ-

⁴ Art. 79:

1. Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio a sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas conseqüências.

2. Se o não-cumprimento de uma parte se ficou a dever ao não-cumprimento de terceiro que ela encarregou de executar o contrato total ou parcialmente, aquela parte só fica exonerada da sua responsabilidade:

a) se estiver exonerada em virtude do disposto no parágrafo anterior; e

b) se o terceiro estivesse também ele exonerado, caso as disposições daquele parágrafo lhe fossem aplicadas.

3. A exoneração prevista pelo presente artigo produz efeitos enquanto durar o impedimento

4. A parte que não executar as suas obrigações deve comunicar a outra parte o impedimento e os efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir o contrato. Se a outra parte não receber a comunicação num prazo razoável contado a partir do momento em que a parte faltosa conheceu ou deveria ter conhecido o impedimento, esta fica responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de recepção da comunicação.

5. As disposições do presente artigo não impedem as partes de exercer qualquer dos seus direitos, salvo o de obter indenização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

⁵ Art. 80:

Uma parte não pode prevalecer-se do não-cumprimento da outra parte na medida em que esse não-cumprimento se ficar a dever a um ato ou omissão seus.

sível⁶, será caso de descumprimento de obrigação contratual, não cabendo discussão acerca de risco tampouco exoneração de responsabilidade nos termos do art. 79.

A transferência de risco envolve, outrossim, o aspecto relativo às várias espécies de mercadorias objeto da compra e venda internacional, bem como à diversidade dos modos de transporte. A velocidade com que os bens presentes no comércio internacional modificam a sua natureza e multiplicam-se em quantidade altera o perfil dos eventuais danos que esses bens podem sofrer, aumentando o número de formas com que os danos podem se revestir. Simultaneamente, as modificações ocorridas no transporte das mercadorias dificultam progressivamente a caracterização do dano. O acondicionamento das mercadorias em “containers” é, na atualidade, o meio usual de transporte dos bens em comércio internacional. O primeiro meio de transporte utilizado, normalmente, leva a mercadoria do estabelecimento do vendedor a um porto ou a um aeroporto. Via de regra, o bem é então transferido ao segundo transportador que entrega a mercadoria ao país do estabelecimento do comprador. A partir daí, há um terceiro meio de transporte utilizado que provavelmente carrega a mercadoria ao seu destino. Apontar com exatidão em que momento do percurso as mercadorias se deterioraram é tarefa quase impossível⁷, a não ser naquela hipótese em que também o “container” sofreu alguma avaria.

A orientação adotada pela Lei Uniforme ao tratar a questão é a mesma daquela perfilhada pelo direito interno norte-americano, por meio do seu Código Uniforme de Comércio, doravante denominado UCC (*Uniform Commercial Code*)⁸. A transmissão do risco sob a coisa, conforme regulamentada na Convenção, está desvinculada da transferência da propriedade. Isto é,

⁶ A questão é apresentada de forma simples para efeito de entendimento. Na prática, é matéria interessante e controvertida a incidência das normas prescritas no Capítulo IV da Convenção quando a deterioração de mercadorias perecíveis se der enquanto estiverem sendo transportadas ao comprador, isto é, após o vendedor ter passado a responsabilidade do risco sob a coisa ao comprador e este ainda não a tiver recebido.

⁷ As partes do contrato de compra e venda internacional de mercadorias, cientes do problema, normalmente estabelecem o momento em que o risco é transmitido. Providenciam essa solução mediante a adoção, como se verá adiante no item II, de um *Incoterm* (1990) específico, seja o “Ex works”, o “FCA”, o “FAS”, o “CIF”, etc.

⁸ Seções 2-509 e seguintes do UCC.

por vezes, são coincidentes, mas não será o ato translativo do domínio o elemento caracterizador da transferência do risco, como ocorre na nossa legislação, na legislação alemã, que nos serviu de modelo, e na inglesa⁹. Logo, tais atos não serão necessariamente simultâneos. Há situações, como veremos adiante, em que a parte coloca a mercadoria à disposição da outra parte¹⁰. A transferência do risco é, nessa hipótese, superveniente à entrega, somente ocorrendo, nos termos do artigo 69.1, quando o comprador retira as mercadorias ou, não o fazendo a tempo, a partir do momento em que as mercadorias são postas à sua disposição e, recusando a sua recepção, incorra o comprador em violação do contrato.

A Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Bens Móveis Corpóreos, uma das Convenções de Haia de 1964, tratava a questão da transmissão do risco usando como referência o conceito de entrega de mercadoria¹¹. Tal conceito também era utilizado na determinação do momento da obrigação do comprador em pagar o preço¹². As dificuldades enfrentadas na tentativa de definir esta expressão, bem como a sua insatisfatoriedade fizeram com que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL) a abandonasse quando dos trabalhos preparatórios da Convenção da ONU. Optou-se, outrossim, pela não-definição da expressão “damage”, que na versão espanhola foi traduzida como “deterioro” e, na francesa, “deterioration”. Pela análise da história legislativa da Convenção, uma das grandes ferramentas de que dispõe o seu

⁹ ATIYAH. *The sale of goods*. 5. ed. 1975. p.164.

¹⁰ Artigo 31:

Se o vendedor não estiver obrigado a entregar as mercadorias noutro lugar especial, a sua obrigação de entrega consiste: (...)

c) nos outros casos – em pôr as mercadorias à disposição do comprador no lugar onde o vendedor tinha o seu estabelecimento no momento da conclusão do contrato.

¹¹ O Prof. Jonh Honnold, da Universidade de Pittsburgh, afirma que a Lei Uniforme de Viena substituiu este conceito (“delivery” em inglês ou “deliverance” em francês) por *atos físicos de transferência de propriedade*. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991. p. 449.

¹² O momento do pagamento do preço é regulamentado, segundo o disposto no Capítulo III da Convenção da ONU, não sob o prisma da entrega das mercadorias. Da mesma forma como são disciplinadas as regras que compõem o Capítulo II, tem-se em vista a obrigação de cada um dos sujeitos contratuais, no desempenho de atos específicos.

intérprete, presume-se que na expressão “deterioração” (versão em português) inclui-se qualquer espécie de casualidade ocorrida com as mercadorias¹³. Tampouco foi definida “perda” (“loss”, “perdida” ou “perte”).

1. 2. Análise dos dispositivos

O art. 66 da Convenção da ONU de 1980, também conhecida como Lei Uniforme de Viena, estabelece o efeito principal da transferência do risco:

“Art. 66.

A perda ou deterioração das mercadorias ocorridas após a transmissão do risco ao comprador não o liberam da sua obrigação de pagar o preço a menos que se devam a um ato ou omissão do vendedor.”

O vendedor é, de início, o responsável pelos riscos sob a coisa. O artigo 36¹⁴ da Convenção indica uma limitação à sua responsabilidade pela falta de conformidade das mercadorias. A sua responsabilidade restringe-se àquilo que existe no momento da transmissão do risco. Perdendo-se as mercadorias enquanto não houver sido transmitido o risco, o vendedor não pode exigir do comprador o pagamento e se, eventualmente, já o tiver recebido, deve devolvê-lo. Deteriorada a mercadoria, deve o vendedor arcar com as conseqüências oriundas da recusa do comprador em aceitá-la e da sua recusa em pagar o preço. É possível ainda que seja de interesse do adquirente aceitar as mercadorias deterioradas. Nessa hipótese, deve o alienante aceitar o pagamento de um preço reduzido. A partir do momento que o risco sob a coisa é transmitido ao comprador, deve ele cumprir com as suas obrigações contratuais (previstas nos artigos 54 a 60) a despeito das mercadorias estarem perdidas ou deterioradas. Não é permitido ao adquirente reclamar qualquer direito contra o alienante.

Normalmente, nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, as partes contratam seguros com o fim de cobrir os

¹³ UNCITRAL, VI Yearbook, U.N. Doc. No. A/CN.9/SER.A/1975 em 109 (1975); UNCITRAL, VIII Yearbook, U. N. doc. No. A/CN.9/SER.A/1977 em 63 (1977).

¹⁴ Art. 36:

O vendedor será responsável, conforme o contrato e a presente Convenção, por toda falta de conformidade que exista no momento da transmissão do risco ao comprador, ainda quando essa falta somente se manifeste depois deste momento.

eventuais prejuízos sofridos por conta dos riscos de perda ou deterioração da coisa. Ainda assim, é indispensável identificar a parte que suporta o risco, pois será esta a parte que suportará o fardo de acionar a companhia de seguro, bem como será ela a sofrer depreciação do patrimônio corrente. A companhia de seguros subroga-se nos direitos contratuais do credor ou do devedor assegurado, podendo acionar a outra parte a fim de discutir em juízo se a perda ou deterioração foi consequência de um ato ou omissão da mesma.

O ato ou omissão do vendedor a que faz alusão o dispositivo supra não se refere à violação contratual prevista no Capítulo referente às suas obrigações (art. 30 ao 52). O conceito de risco é por demais abstrato para, *a priori*, ser determinado se não é caso de aplicar as regras pertinentes às obrigações das partes. A localização das normas concernentes à transmissão do risco no texto da Convenção, Capítulo IV do artigo 66 ao 70, tem por objetivo enfatizar não só a estreita relação do tema com as obrigações das partes¹⁵, como o contraste das suas disposições com aquelas pertinentes aos recursos quando da violação. A verificação se é matéria de um ou de outro assunto deve ser feita casuisticamente, tendo em vista as situações de cada caso concreto¹⁶.

A Lei Uniforme, ao tratar da transferência de risco, alude expressamente ao contrato de compra e venda em que as mercadorias devem ser transportadas (art. 67) e àquele cujas mercadorias são vendidas em trânsito (art. 68). A transmissão do risco sob a coisa no contrato que não implica transporte de mercadorias é regulamentada no artigo 69. O primeiro está disciplinado como se segue:

“Art. 67

1. Se o contrato de compra e venda implicar um transporte de mercadorias e o vendedor não estiver obrigado a remetê-las para um lugar determinado, o risco transfere-se para o comprador a partir da remessa das mercadorias ao primeiro dos transportadores que as fará chegar ao comprador em conformidade com o contrato de compra e venda. Se o vendedor

estiver obrigado a remeter as mercadorias a um transportador para um local determinado, o risco não se transfere para o comprador enquanto as mercadorias não forem transportadas para esse local. O fato de o vendedor estar autorizado a conservar os documentos representativos das mercadorias não afeta a transferência do risco.

2. No entanto, o risco não se transfere para o comprador enquanto as mercadorias não forem claramente identificadas para os fins do contrato, pela aposição de um sinal distintivo nas mercadorias, pelos documentos de transporte, por um aviso dado ao comprador, ou por qualquer outro meio.”

O dispositivo refere-se aos contratos de compra e venda em que a obrigação de providenciar o meio de transporte das mercadorias compete ao vendedor, como sucede na maior parte das relações internacionais de troca. Na primeira parte do artigo, o risco será transferido ao comprador quando as mercadorias forem remetidas¹⁷ ao primeiro dos transportadores. Presume-se que o comprador encontra-se em posição mais favorável para inspecionar as mercadorias que tiverem sido deterioradas enquanto foram transportadas, bem como para requerer indenização por perdas e danos do transportador ou da companhia seguradora. A responsabilidade do vendedor termina quando o primeiro transportador toma posse dos bens. É indispensável, assim, que o transportador seja uma terceira pessoa, que não se confunde com os sujeitos contratuais. Se o vendedor utilizar o seu próprio meio de transporte, não há incidência da regra da primeira parte do art. 67 (1), mas sim, como será visto adiante, aplica-se a norma do artigo 69¹⁸.

¹⁷ Conforme apontado acima, a Convenção não regulamenta a transmissão do risco utilizando a entrega da mercadoria como referência. Em sua versão na língua inglesa, o momento da transmissão do risco (primeira parte do art 67) ocorre quando as mercadorias são “handed over to the first carrier”; na versão espanhola, “se pongan en poder”; na versão francesa a tradução é “remise de marchandises”; na versão alemã, “übergeben”.

¹⁸ Schlechtriem afirma que a transmissão de risco nos contratos de compra e venda que envolvam transporte das mercadorias dependerá da estrutura legal da empresa do vendedor. Se as mercadorias forem transportadas por uma empresa subsidiária da empresa do vendedor, com personalidade jurídica própria, aplica-se o art. 67; se for utilizada uma empresa que seja uma unidade pertencente à estrutura legal da empresa do vendedor, aplica-se o art. 69. SCHLECHTRIEM,

¹⁵ No Draft de 1978, as regras alusivas à transmissão de risco situavam-se no artigo 78 ao 82, ao fim das disposições concernentes à compra e venda.

¹⁶ GOODFRIEND, Allan. After the damage is done: risk of loss under the United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods, publicado em *Columbia Journal of Transnational Law*.

Quando o vendedor estiver obrigado a colocar as mercadorias em poder de um transportador em um lugar determinado, o risco será transmitido ao comprador no momento em que as mercadorias forem transportadas para esse local. Só haverá incidência da regra prevista na segunda parte do art. 67 se o vendedor, com os seus próprios meios de transporte, conduzir as mercadorias até o transportador no lugar determinado. Se o vendedor contratar um transportador para que este remeta as mercadorias ao segundo transportador que, só então, as levará ao lugar determinado, Honnold¹⁹ afirma que se aplica a primeira parte do art. 67²⁰. A rigor, a regra determinada no artigo 67 diz respeito a um único momento em que o risco é transmitido ao comprador: a remessa das mercadorias ao primeiro transportador. A solução proposta pela Convenção adapta-se aos contratos de compra e venda internacional contemporâneos que, via de regra, utilizam o chamado transporte multimodal, ou seja, aquele em que várias espécies de meios de transporte são utilizadas.

A posse pelo vendedor dos documentos relativos às mercadorias não tem relevância alguma na transmissão de risco. A retenção dos documentos é uma forma de o alienante assegurar-se do pagamento, não tendo qualquer espécie de conseqüência prevista nas normas disciplinadoras do risco sob a coisa. A menção a essa prática comercial pelo dispositivo da Lei Uniforme endereça-se, sobretudo, aos sujeitos contratuais oriundos de Estados cujos ordenamentos jurídicos vinculam a propriedade ao risco. De toda maneira, a Convenção sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, na sua Parte Geral, estabelece quais as matérias que regulamenta, excluindo expressamente os efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias, salvo disposição em contrário²¹.

Peter. *Uniform Sales Law The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena, 1986. p. 88. Para efeito de caracterização de empresa, integrando ou não o mesmo grupo econômico, tendo em vista o disposto no art. 4 da Convenção, aplica-se o disposto no direito interno.

¹⁹ Op. cit., p. 374

²⁰ Em sentido contrário, NICHOLAS apud BIANCA, BONELL, op. cit., p. 467.

²¹ Art. 4º.

A presente Convenção regula exclusivamente a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e do comprador. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, em particular:

A “clara identificação” das mercadorias a que se refere o parágrafo segundo do art. 67 é indispensável para efeito da transmissão do risco. A identificação do bem pode ser feita de forma diversa, com os exemplos elencados, quais sejam, pela aposição de um sinal distintivo, com os documentos de transporte, por aviso dado ao adquirente ou por qualquer outro meio. A Convenção, em seu art. 32 (1)²², utiliza o conceito de identificação sob o mesmo prisma, isto é, “para os fins do contrato”, dispondo a lei algumas formas: sinais, documentos, ou, novamente, por qualquer outro meio. O fundamento jurídico da regra do parágrafo segundo do art. 67 é assegurar que o vendedor, diante de uma eventual deterioração ou perda da mercadoria, não possa alegar que o bem danificado não era aquele que o comprador havia adquirido²³. Qualquer identificação que se adapte a esse fim será reconhecida pela norma. Outra era a orientação adotada quando do Projeto da Convenção da ONU, onde o então art. 79 (que deu origem ao atual art. 67) estipulava normas rígidas de identificação das mercadorias²⁴. O aviso ao comprador somente é necessário quando tiver por objetivo suprir a finalidade de identificar as mercadorias; caso contrário, é dispensável.

A fungibilidade das mercadorias objeto do contrato de compra e venda internacional não afasta a incidência das normas da Convenção, nos termos do seu art. 2º. Assim sendo, se determinado navio transporta petróleo para vários compradores, naturalmente não há identificação da mercadoria nessas circunstâncias. Usualmente ocorre a identificação por meio da quantidade, que só será efetiva quando do descarregamento. O contrato pode estabelecer que o risco distribui-se proporcionalmente entre os vários compradores, acordo que a

a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade dos usos;

b) aos efeitos que a propriedade pode ter sobre as mercadorias vendidas.

²² Art. 32:

1. Se o vendedor, em conformidade com o contrato ou com a presente Convenção, remeter as mercadorias a um transportador e se as mercadorias não estiverem claramente identificadas para os fins do contrato, pela aposição de um sinal distintivo nas mercadorias, por documentos de transporte ou por qualquer outro meio, o vendedor deve avisar o comprador da expedição, designando de forma especificada as mercadorias.

²³ Compartilham o mesmo entendimento HONNOLD, op. cit., p. 464, e NICHOLAS apud Bianca/Bonell, op. cit., p. 494.

²⁴ HONNOLD. *Documentary History*, p. 623.

Convenção reconhece como válido. As partes e, nesse caso, sobretudo o comprador não devem-se sentir forçados a concordar em dividir o risco, a menos que as conseqüências estejam bem definidas no contrato.

O artigo 69 disciplina os casos não compreendidos nos artigos 67 e 68. Como este último refere-se a uma situação específica, a venda de mercadorias em trânsito, aquelas situações não-regulamentadas pelo art. 67 necessariamente o serão pelo artigo 69, que consiste em um dispositivo residual. Assim sendo, a leitura desses dois dispositivos deve ser feita em conjunto.

“Artigo 69

1. Nos casos não abrangidos pelos artigos 67 e 68, o risco transfere-se para o comprador quando ele tomar conta das mercadorias ou, se não o fizer na altura devida, a partir do momento em que as mercadorias são postas à sua disposição e em que ele comete uma violação do contrato não aceitando a entrega.

2. Contudo, se o comprador estiver obrigado a tomar conta das mercadorias noutro lugar que não um estabelecimento do vendedor, o risco transfere-se quando a entrega se tiver de efetuar e o comprador souber que as mercadorias estão postas à sua disposição nesse lugar.

3. Se o contrato recair sobre mercadorias ainda não individualizadas, não se considera que estas tenham sido colocadas à disposição do comprador até que sejam claramente identificadas.”

Como assinalado *supra*, a norma estabelecida no art. 67 sobre transmissão de risco só incide quando o vendedor remeter as mercadorias a um terceiro, que não se confunde com os sujeitos contratuais. Deve tratar-se de um transportador, isto é, a parte que, em um contrato de transporte, tem a atribuição de transportar o bem. Quando o transporte das mercadorias ficar a cargo do próprio vendedor, arcará ele com o risco enquanto o comprador não tomar conta do bem. Nessa situação, é razoável que assim seja já que, presumivelmente, o preço refletirá o custo do transporte e o custo do seguro durante o percurso²⁵. Há ainda a situação, não prevista pelo artigo 67, de ir o comprador em busca das mercadorias, sem que estas tenham sido transportadas nem pelo vendedor, nem por transportador algum.

²⁵ Ibidem, p. 460.

O princípio geral regulador da matéria atribui o risco à parte que melhor pode conservar as mercadorias²⁶. Assim sendo, quando o adquirente receber as mercadorias no próprio estabelecimento do alienante, será este o momento da transmissão do risco sob a coisa, segundo o parágrafo primeiro do artigo 69. O parágrafo primeiro, em sua segunda parte, estabelece que, na hipótese de não ter o comprador aceito as mercadorias no tempo devido, o risco transmite-se quando as mercadorias tiverem sido colocadas à sua disposição. Nessa situação, o momento determinante da transferência do risco sob a coisa será aquele referente à violação contratual do adquirente em receber o bem. Caso o contrato tenha determinado um prazo para o recebimento, o descumprimento ocorre quando do termo deste prazo. Se, porém, o contrato não tiver estabelecido prazo algum, a violação contratual ocorre depois de um período razoável após o adquirente ter ciência da disponibilidade das mercadorias. Suponhamos que uma cláusula do contrato estabeleça que, após um determinado período de tempo, a partir de quando as mercadorias estiverem prontas, estas devam ser retiradas pelo comprador. Nessa situação, é preciso que haja uma notificação pelo vendedor dando ciência ao adquirente que as mercadorias já estão perfeitas. Em caso de perda das mercadorias por incêndio, a verificação se houve alguma espécie de aviso pelo vendedor é indispensável. Transcorrido o período determinado, o comprador terá incorrido em violação contratual ao não ir buscar o bem. Não tendo havido notificação, o risco permanece com o alienante.

O parágrafo segundo do artigo 69, por outro lado, determina que o risco transmite-se ao adquirente quando as mercadorias forem colocadas à sua disposição, em lugar distinto do estabelecimento do vendedor, desde que esteja o comprador ciente da disponibilidade do bem²⁷. O risco transmite-se a partir do momento em que o comprador deve receber as mercadorias, isto é, não será o seu eventual descumprimento o elemento caracterizador. Tal descumprimento é absolutamente irrelevante, sendo o momento fundamental aquele concernente à disponibilidade do bem. Trata-se de situação

²⁶ HONNOLD J. *Risk of Loss* em *Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University International Sales*. Ed. Nina M. Galston e Hans Smit, 1984. p. 8-13.

²⁷ Não havia disposição semelhante na Convenção de Haia, a Lei Uniforme sobre Compra e Venda Internacional de Bens Móveis Corpóreos, que precedeu a Convenção de Viena de 1980.

distinta do parágrafo anterior, pois nesta hipótese não há necessariamente violação contratual. Há que haver, sim, o recebimento das mercadorias pelo comprador em lugar distinto do estabelecimento do vendedor. Essa prática comercial encontra-se prevista no *Incoterm* “DELIVERED EX SHIP”, por exemplo. A exigência da ciência por parte do comprador da disponibilidade do bem significa que deve este ter efetivamente recebido a notificação enviada pelo vendedor. É uma exceção à regra consagrada no artigo 27 da Convenção, que determina que as comunicações produzem efeitos quando são enviadas. Para que se dê a transmissão de risco ao comprador nos termos do dispositivo em questão, é indispensável que as mercadorias estejam claramente identificadas no contrato; de outra forma, “... não se considera que estas tenham sido colocadas à disposição do comprador”.

Em 1992, a Câmara de Comércio Internacional atuou como árbitro em um caso entre um comprador búlgaro e um vendedor austríaco. Os sujeitos contratuais adotaram o termo “DAF” (DELIVERED AT FRONTIER) relativo à entrega da mercadoria na fronteira austro-húngara, bem como estabeleceram que o pagamento do preço seria por crédito. Diante da não-abertura do crédito na data aprazada, tampouco no período de tempo adicional concedido pelo vendedor ao comprador, o alienante depositou as mercadorias em um determinado armazém e acionou a parte contrária, requerendo o pagamento do principal e indenização por perdas e danos. O tribunal entendeu pela indenização devida ao vendedor bem como pelo reembolso ao mesmo pelas despesas efetuadas com o depósito. Entendeu, outrossim, que não deveria o comprador arcar com o ônus dos danos sofridos pela coisa, por conta da prolongada manutenção no depósito, uma vez que o risco não havia sido transmitido, nos termos do artigo 69. O comprador, em momento algum, tomou conta das mercadorias, nem ficaram estas à sua disposição²⁸.

“Artigo 68

Se as mercadorias forem vendidas em trânsito, o risco transfere-se para o comprador a partir do momento da conclusão do contrato. Contudo, se as circunstâncias assim o implicarem, o risco fica a cargo do comprador a partir do

momento em que as mercadorias forem remetidas ao transportador que emitiu os documentos que constam o contrato de transporte. No entanto, se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou deveria saber que as mercadorias tinham perecido ou se tinham deteriorado e disso não informou o comprador, a perda ou deterioração fica a cargo do vendedor.”

O artigo 68 refere-se às mercadorias vendidas em trânsito. No projeto inicial, não havia disposição similar à primeira sentença²⁹, tendo sido tal solução adotada após acirrada discussão. Argumentava-se, no Primeiro Encontro da Conferência de 1980, que a assunção retroativa do risco pelo comprador antes mesmo da perfeição do contrato prejudicaria os adquirentes oriundos dos países em desenvolvimento, por serem oriundos destes países os mais frequentes compradores das mercadorias em trânsito. Outros entendiam que o projeto da UNCITRAL, aprovado na Conferência anterior datada de 1978, em que o risco era transmitido a partir de quando as mercadorias estivessem em poder do transportador, baseava-se em prática comercial cujo objetivo era evitar controvérsias diante de dano sofrido em trânsito pelo bem³⁰. O grupo liderado pelo Paquistão foi vencedor, tendo apresentado um projeto devidamente aprovado pelos dois terços necessários. Esse projeto deu origem ao artigo 68 que estabelece, como regra geral disciplinadora do risco em se tratando de mercadorias vendidas em trânsito, que a transmissão do risco ocorre no momento da celebração do contrato.

Nos contratos em que são as mercadorias vendidas em trânsito, isto é, enquanto estão sendo transportadas, e chegando estas ao seu destino já danificadas, o princípio geral relativo ao risco preceitua que este é transmitido no momento da conclusão do contrato. A venda das mercadorias em trânsito tem por base os documentos de transporte que não precisam, necessariamente, ser os documentos de titularidade do bem. O meio de transporte escolhido

²⁹ Artigo 80 do Projeto (“Draft”) da UNCITRAL de 1978: “o risco é assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias são remetidas ao transportador...”. É uma disposição semelhante ao início da segunda parte do artigo 68, que tem acrescida a expressão “se as circunstâncias o implicarem”.

³⁰ ENDERLEIN, F., MASKOW, D. *International Sales Law*. New York : Oceana Publications, 1992. p. 270.

²⁸ Caso citado em BERNSTEIN, H., e LOOKOFSKY, J. *Understanding the Cist in Europe*. Kluwer Law International, 1997. p. 79.

é irrelevante. Se a deterioração das mercadorias ocorrer por conta de um evento específico, como um incêndio ou determinada tempestade, a aplicação da norma não apresenta dificuldade. Entretanto, será tal regra de difícil aplicação prática se a avaria sofrida pelas mercadorias ocorrer por conta de nenhum evento particularmente identificável, como ocorre na maior parte dos casos. Determinar o exato momento, durante o trajeto, da deterioração é tarefa quase impossível, nessa situação. A fim de evitar esse problema, as partes devem expressamente acordar na definição do momento em que o risco será transmitido, seja no início do trânsito das mercadorias, seja ao final. O artigo 60³¹ da Convenção será aplicável, mediante a exclusão expressa pelas partes da aplicação da norma do artigo 68.

Em conformidade com o disposto no artigo 36 – 1, o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade das mercadorias no momento da transferência do risco. Na hipótese em questão, será, pois, de responsabilidade do vendedor que as mercadorias estejam conformes ao contrato no momento da perfeição do mesmo. Deteriorando-se os bens em momento anterior à conclusão do contrato, responderá o alienante pela deterioração ou pela perda. Estará, porém, o vendedor exonerado da responsabilidade pelas perdas e danos se a avaria nas mercadorias for consequência de acontecimento alheio à sua vontade, nos precisos termos do preceituado no artigo 79. Quando da conclusão do contrato, a sua eventual ciência do dano sofrido pelo bem seguida da sua omissão em comunicar o comprador torna o vendedor o responsável pela perda ou deterioração da mercadoria.

Nos termos da segunda parte do dispositivo, a partir de quando as mercadorias forem remetidas ao transportador, o risco será excepcionalmente transmitido “se as circunstâncias assim o implicarem”. A Lei Uniforme de Viena não esclarece, no entanto, quais são essas circunstâncias. A falta de clareza reflete a divergência das posturas das delegações que participaram da discussão acerca do texto do artigo 68. Honnold³² exemplifica com um contrato de compra e venda consumado por meio da

³¹ Artigo 6:

As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.

³² op. cit., p. 372.2.

transferência ao comprador dos documentos padrões de entrega, inclusive uma apólice de seguro pagável à ordem do assegurado e endossada pelo intermediador (assegurado) ao comprador. Afirma o autor que seria difícil encontrar indicação mais clara da circunstância de ter havido a transferência do risco para o comprador, circunstância essa explicitada no endosso da apólice de seguro em benefício dele, comprador. Não é, portanto, necessária a concordância expressa para caracterização das “circunstâncias” expressas na Lei Uniforme.

Conforme apontado *supra* a propósito do estudo do dispositivo 66, as normas pertinentes à obrigação principal de cada um dos sujeitos contratuais vinculam-se estreitamente às regras concernentes à transmissão de risco. O artigo 70 dispõe:

“Se o vendedor cometeu uma violação fundamental do contrato, as disposições dos artigos 67, 68 e 69 não prejudicam o recurso aos meios de que o comprador dispõe em virtude daquela violação contratual.”

Impõe-se, de início, verificar a definição de violação fundamental, nos termos do preceituado na Convenção das Nações Unidas. O artigo 25 reza que a violação contratual cometida por um dos sujeitos é fundamental quando cause ao outro um prejuízo tal que o prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato. O artigo 46 preceitua que, diante de mercadorias não-conformes ao contrato, o comprador pode exigir a entrega de mercadorias em substituição, se a falta de conformidade constituir uma violação fundamental cometida pelo vendedor, dispondo a seguir sobre o momento da denúncia da falta de conformidade. A violação fundamental enseja, outrossim, a resolução do contrato pela parte prejudicada, nos termos do disposto no artigo 49 (1) (a)³³.

O dispositivo final atinente ao Capítulo da Transmissão de Risco estabelece, fundamentalmente, que o comprador não pode ficar privado de exercer os seus direitos quando o vendedor cometer uma violação fundamental no momento da transmissão do risco. Os efeitos advindos para o comprador do cometimento da violação fundamental pela outra parte, quais

³³ Art. 49(1) (a) (1): O comprador pode declarar o contrato resolvido:

(a) se a inexecução pelo vendedor de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato;

sejam a resolução do contrato e a exigência que o alienante entregue mercadorias substitutivas, surtem resultado ainda que as mercadorias tenham-se perdido ou deteriorado quando foram transportadas³⁴. Dessa forma, a entrega das mercadorias ao transportador não produz o efeito jurídico de transferir o risco ao comprador, pois a falta cometida pelo vendedor torna o ato da entrega um ato imperfeito, inapto a provocar o efeito mencionado. A declaração da resolução do contrato pelo comprador deve ocorrer dentro de um prazo razoável, nos termos do artigo 49 (2) (b), isto é, “prontamente após a chegada das mercadorias” segundo entendimento do Professor Honnold³⁵.

Diante da deterioração, ocorrida em trânsito, das mercadorias já defeituosas, o comprador conserva o seu direito de resolver o contrato. Por outro lado, diante de uma falta do vendedor que, nos termos do artigo 25, não se qualifica como “violação fundamental”, e ocorrendo deterioração das mercadorias por conta, por exemplo, de determinada tempestade, não há incidência do artigo 70. Aplicar-se-á a regra geral do artigo 67 (1), ou, se for o caso, a norma contida no artigo 68, ou ainda a norma residual prevista no artigo 69. Logo, se a violação pelo vendedor não for suficientemente séria para justificar uma resolução contratual pelo comprador, esta violação não torna o alienante responsável pela deterioração ocorrida com a mercadoria durante o seu transporte, deterioração que ocorreu após a transmissão do risco ao comprador.

2. Os *incoterms*

As disposições da Convenção acerca da transferência de risco podem ser derogadas pelas partes, como quaisquer das suas normas, em face do princípio da autonomia da vontade disposta no preceito que se segue:

Art. 6. As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.

Tal dispositivo permite tanto a exclusão de preceitos determinados pelas partes como a

exclusão do inteiro teor do texto da Convenção, consagrando o caráter dispositivo da Lei Uniforme. Especial relevância adquire a incidência desse princípio no assunto em questão, pela frequência com que essa derrogação ocorre. O afastamento das regras sobre transferência de risco tem lugar em função da utilização pelas partes dos chamados termos comerciais internacionais – *Incoterms* – (abreviação da expressão “International Commercial Terms”) elaborados pela Câmara de Comércio Internacional.

Os *Incoterms* consistem em cláusulas comerciais que estabelecem obrigações para o comprador e o vendedor, determinando regras internacionais para interpretação dos termos comerciais. Fundamentam-se nas mais usuais práticas comerciais e nos princípios gerais de Direito Internacional. A Câmara do Comércio Internacional elaborou os primeiros *Incoterms* no ano de 1936. Desde então, vem adequando os termos comerciais às circunstâncias temporais relativas ao comércio internacional, por meio de uma constante atualização, tendo publicado novas versões nos anos de 1953, 1967, 1976, 1980 e a versão atual, cujo início de vigência se deu em 1º de julho de 1990³⁶. A revisão dos *Incoterms*, por meio das suas constantes revisões, não implica nulidade das versões anteriores, sendo lícito às partes utilizar um termo pretérito. Nessa hipótese, tal opção deverá expressamente constar no contrato, não sendo, entretanto, uma conduta conveniente.

Os *Incoterms* tratam do momento da transmissão do risco em havendo perda ou deterioração das mercadorias, aludindo também ao lugar da entrega dessas mercadorias, à obrigação de contratar seguros, de contratar transporte, ao pagamento desse transporte, bem como ao pagamento da carga e descarga das mercadorias. Referem-se, ainda, às questões relativas aos impostos de importação e exportação, a quem compete providenciar os trâmites legais e a quem cabe a obrigação do pagamento dos impostos. A Câmara de Comércio Internacional, por meio dos *Incoterms*, disciplina, assim, algumas das questões tratadas na transferência de risco mais pormenorizadamente

³⁴ A mesma solução é adotada na lei interna norte-americana, o “Uniform Commercial Code”, na Seção 2-510, concernente à resolução contratual, mantendo-se com o vendedor o risco sob a coisa.

³⁵ op. cit., p. 477.

³⁶ Pode-se adquirir os textos dos *Incoterms* por meio de solicitação à ICC Publishing Corporation, 156 Fifth Avenue, New York, N.Y., EUA. Zip Code 10010 ou ICC Publishing S.A. 38, Cours Albert 1^{er}. 75008-Paris, França.

do que o faz a Convenção da ONU. A Lei Uniforme regulamenta essas questões de forma mais generalizada, não apresentando, por exemplo, soluções para a questão relativa à responsabilidade pelas licenças de exportação³⁷. Tal generalidade justifica-se em função da existência dos *Incoterms* quando da redação da Convenção. A utilização dos termos internacionais de comércio pelos sujeitos contratuais não significa, pois, a adoção de soluções divergentes daquelas apresentadas pela Convenção. Os textos se completam.

A Introdução aos *Incoterms* é composta de vinte e duas “partes”, divididas em distintos subtítulos. O primeiro refere-se ao propósito dos termos comerciais; o segundo consiste em nota explicativa alusiva à versão de 1990. O penúltimo tema tratado no texto introdutório intitula-se “Transferência dos riscos e dos custos relativos à mercadoria”. Segue, abaixo, a sua transcrição em idioma francês³⁸:

Transfert des risques et des coûts relatifs à la marchandise

21. Le risque de perte ou de dommage des marchandises et l'obligation lâcquitter les coûts relatifs aux marchandises, passe du vendeur à lâcheteur lorsque le vendeur s'est acquitté de son obligation de livrer des marchandises. Comme lâcheteur ne doit pas avoir la possibilité de retarder ce transfert des risques et des coûts, tous les termes stipulent que le transfert des risques et des coûts peut précéder la livraison si lâcheteur ne prend pas livraison des marchandises comme convenu ou ne donne pas les instructions (en matière de délai d'expédition et/ou de lieu de livraison) nécessaires au vendeur pour lui permettre de lâcquitter de l'obligation de livrer. Une condition d'un tel transfert prématuré des risques et des coûts est que les marchandises aient été individualisées comme étant destinées à lâcheteur ou, comme le stipulent les termes, mises à part à son intention. Cette exigence est particulièrement importante dans les cas de EXW puisque selon tous les autres termes les marchandises auraient normalement été individualisées à

l'intention de lâcheteur quand les mesures on été prises pour leur expédition ou envoi (termes << F >> et << C >>) ou leur livraison à destination (termes << D >>). Cependant, dans des cas exceptionnelles, les marchandises ont pu être expédiées en vrac par le vendeur, sans individualiser la quantité destinée à chaque acheteur; dans ce cas il n'y a pas de transfert des risques et des coûts avant que les marchandises aient été identifiées comme il est dit ci-dessus (voir aussi lârt. 69.3 de la Convention des Nations Unies, de 1980, sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises).

A atual versão dos *Incoterms* é composta por treze termos comerciais, agrupados em quatro categorias. Na primeira, Grupo E (*Ex-Works*), o vendedor deve ter a mercadoria à disposição do comprador em seu próprio estabelecimento, sendo, portanto, menos oneroso para o primeiro. No Grupo F (*Free carrier; Free alongside ship e Free on board*), o transporte principal é pago pelo comprador, isto é, remete o vendedor a mercadoria a um transportador designado por aquele. No Grupo C (*Cost and freight; Cost, insurance and freight; Carriage paid to e Carriage and insurance paid to*), compete o transporte ao vendedor até o local de destino estabelecido ou, eventualmente, até a entrega do bem ao primeiro dos transportadores subseqüentes (v.g. CPT). Em havendo perda ou dano à mercadoria devido a eventos ocorridos após o carregamento ou a entrega, será este assumido pelo comprador. Finalmente, na última categoria, Grupo D (*Delivered at frontier; Delivered ex ship; Delivered ex quay; Delivery duty unpaid e Delivery duty paid*), todos os custos e riscos necessários para levar a mercadoria ao país de destino são arcados pelo vendedor.

Segue abaixo uma nossa adaptação do “Mapa Rodoviário” dos *Incoterms*, elaborado originariamente pelo Professor Albert Kritzer³⁹. O “Mapa” transcrito *infra* enfoca, fundamentalmente, o tema da transferência de risco, não pretendendo esgotar todas as questões envolvendo os termos comerciais criados pela CCI.

³⁷ KRITZER. *Guide*, p.17

³⁸ *Incoterms*, ICC Publishing S.A., publié en avril 1990, Paris, France.

³⁹ KRITZER, Albert. *International Contract Manual, International Sales Law Reporter, Guides to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

Elementos típicos do transporte de exportação e das responsabilidades regulamentadas pelos *Incoterms*

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Carregamento no veículo 2. Transporte terrestre doméstico (incluindo a entrega) 3. Descarregamento do caminhão 4. Serviço de utilização do cais (se não incluída taxa marítima) 5. Estiva (se não incluída na taxa marítima) 6. Serviço de utilização de chata 7. Custos do carregamento da embarcação | <ol style="list-style-type: none"> 8. Transporte marítimo + Sobretaxas (Relativos a Abastecimento, Moeda Corrente, Congestão Portuária) 9. Tarifas futuras 10. Custos de descarregamento da embarcação 11. Seguro marítimo internacional 12. Seguro de risco de guerra 13. Taxas consulares 14. Impostos de importação 15. Procedimentos alfandegários 16. Transporte terrestre estrangeiro |
|---|--|

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
<p>GRUPO E CONTRATO DE PARTIDA</p> <p>EX-WORKS – na Fábrica (entrega no estabelecimento do vendedor) Código internacional: EXW</p>	<p>Qualquer</p>	<p>Licença p/ exportação</p> <p>Item 1 ao 16 – Comprador</p>
<p><i>Momento da transmissão do risco:</i> quando a mercadoria localiza-se à disposição do comprador sob a tutela do vendedor. Todos os riscos pertinentes à retirada e ao carregamento da mercadoria são assumidos pelo adquirente.</p>		
<p>GRUPO F GRUPO DE EMBARQUE TRANSPORTE PRINCIPAL NÃO-QUITADO</p> <p>FREE CARRIER – Livre Transportador Cód. Internacional: FCA</p>	<p>Qualquer (inclusive o multimodal)</p>	<p>Licença p/ exportação e entrega ao transportador no lugar determinado – Vendedor</p> <p>Responsabilidades remanescentes – Comprador</p>
<p><i>Momento da transmissão do risco:</i> quando a mercadoria está sob a custódia do transportador, em um lugar determinado. Esse termo consiste em uma das inovações da atual versão dos <i>Incoterms</i>, tendo suprimido os extintos FOR/FOT (Free on rail/Free on truck) e o FOA (Free on airport).</p>		

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
FREE ALONGSIDE SHIP – Ao Longo do Navio (comprador é responsável pela licença de exportação) Cód. Internacional: FAS	Marítimo ou de Cabotagem	1 ao 6 – Vendedor Licença de Exportação, 7 ao 16 – Comprador

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria localiza-se no porto de embarque indicado, ao longo do costado do navio. A partir de então, todos os custos e riscos serão por conta do comprador. O comprador providencia os documentos necessários à exportação ou solicita ao vendedor que o faça, reembolsando-o em momento posterior.

FREE ON BOARD – Livre a Bordo Cód. Internacional: FOB	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de Exportação 1 ao 7 – Vendedor 8 ao 16 – Comprador
---	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria estiver devidamente embarcada, sendo indispensável ter ultrapassado a amurada do navio. É uma das modalidades de venda mais freqüentemente utilizadas na compra e venda internacional.

GRUPO C
 GRUPO DE EMBARQUE
 TRANSPORTE PRINCIPAL QUITADO

COST AND FREIGHT – Custo e Frete (porto de destino designado) Cód. Internacional: CFR	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de Exportação 1 ao 10 (a) – Vendedor 10(b) até 16 – Comprador
---	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue a bordo do navio, sendo, também aqui, indispensável ter cruzado a sua amurada. O vendedor é responsável pelos trâmites referentes à exportação, ao contrário do termo FOB. Não é permitido o fracionamento do preço CFR, sendo este indivisível.

COST, INSURANCE AND FREIGHT – Custo, Seguro e Frete (porto de destino designado) Cód. Internacional: CIF	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de Exportação 1 – 10 (a), 11 – Vendedor 10(b), 12 ao 16 – Comprador
--	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue a bordo do navio, sendo, uma vez mais, indispensável ter cruzado a sua amurada. Há, no entanto, autores que entendem que a obrigação do vendedor se esgota com a entrega ao comprador dos documentos relativos à mercadoria. A única característica distintiva do termo anterior é ser o vendedor, na venda CIF, o responsável pelo seguro marítimo internacional, com cobertura mínima, além daquelas obrigações elencadas no termo CFR.

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
CARRIAGE PAID TO – Transporte Pago até Cód. Internacional: CPT	Qualquer (sobretudo o multimodal)	Licença de Exportação e alcance ao lugar pré-acordado – vendedor Responsabilidades remanescentes – comprador

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue no destino avençado, normalmente a um transportador, ou ao primeiro deles, em havendo mais de um.

CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO – Transporte e Seguro Pagos Cód. Internacional: CIP	Qualquer	Licença de exportação, alcance ao lugar pré- acordado e seguro – vendedor Responsabilidades remanescentes – comprador
--	----------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue ao destino avençado para carregamento, nos termos do termo anterior. O vendedor na venda CIP tem a obrigação adicional de providenciar o seguro, com cobertura mínima, contra o risco de perdas ou danos em favor do comprador.

GRUPO D
CONTRATO DE CHEGADA

DELIVERED AT FRONTIER – Entregue na Fronteira Cód. Internacional: DAF	Principalmente transporte ferroviário	Licença de exportação e entrega na fronteira – vendedor Licença de importação e responsabilidades remanescentes – comprador
---	--	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria é entregue na fronteira, no lugar estabelecido, já desembaraçada para exportação. O local, prévia e precisamente definido, deve situar-se antes da divisa aduaneira do país de destino, ou de eventual país vizinho, cujo trânsito compõe o trajeto da mercadoria.

<i>Incoterms</i>	Meio de Transporte	Responsabilidades
DELIVERDEX SHIP – Entregue a Partir do Navio (porto de embarque pré-estabelecido) Cód. Internacional: DES	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de exportação 1 a 9, 11, 12 – vendedor Licença de importação e 10, 13 a 16 – comprador

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador a bordo do navio, no porto de destino convencionado. Até este momento, compete ao vendedor os custos e os riscos sob a mercadoria, cujo desembarço para a importação é de responsabilidade do comprador.

DELIVEREXQUAY – Entregue a Partir do Cais (porto de destino pré-estabelecido) Cód. Internacional: DEQ	Marítimo ou de Cabotagem	Licença de exportação, licença de importação, 1 a 15 – vendedor 16 – comprador
---	-----------------------------	---

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador no atracador, isto é, no cais do porto do destino convencionado. Se os sujeitos contratuais convencionarem que a responsabilidade pelo desembarço relativo à importação compete ao comprador, a expressão “direitos pagos” (*duty paid*) deve ser substituída por “direitos não pagos” (*duty unpaid*).

DELIVERY DUTY UNPAID – Entregues Direitos Não-Pagos Cód. Internacional: DDU	Qualquer	Licença de exportação, licença importação, de 1 a 12, 16 – vendedor 13 a 15 – comprador
--	----------	--

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador, no lugar estabelecido, já no país de importação.

DELIVERY DUTY PAID – Entregues Direitos Pagos Cód. Internacional: DDP	Qualquer	Licença de exportação, licença de importação, e de 1 a 16 – vendedor
--	----------	--

Momento da transmissão do risco: quando a mercadoria encontrar-se à disposição do comprador, no lugar estabelecido, já no país de importação. Nesse termo, conforme apontado, as responsabilidades serão todas por conta do vendedor, ao contrário da compra EXW.

Quando da utilização de um *Incoterm* no contrato de compra e venda internacional, é prudente que haja uma cláusula expressa indicando o termo adotado. Podem as partes, igualmente, acordar no sentido de utilizarem os *Incoterms* como uso internacional, incidindo o artigo 9.1 da Convenção. A aplicação tácita de qualquer uso que as partes têm ou devam ter ciência, conhecido em grande escala no comércio internacional e regularmente observado pelas partes em contratos semelhantes, nos termos do artigo 9.2⁴⁰, também fará incidir os *Incoterms*, embora não seja recomendável.

⁴⁰ Art. 9.2 da Convenção: (...)

(2) Salvo convenção em contrário das partes, entende-se que estas consideraram tacitamente aplicáveis

3. Preceitos nacionais

O ordenamento jurídico brasileiro exige a tradição em se tratando de bens móveis⁴¹, para efeito de transferência da propriedade. A tradição consiste na entrega da coisa e tem por escopo a transferência de domínio ou de outros direitos reais. A aquisição do direito pelo credor subordina-se à entrega da coisa pelo devedor, como ocorre no contrato de compra e venda de mercadorias. O contrato não transfere o domínio da coisa⁴², norma expressa no artigo 620 do Código Civil Brasileiro, doravante denominado CC. O sistema jurídico francês, tendo em vista o disposto nos artigos 711 e 1583 do seu Código Civil, disciplina a transferência de domínio de modo diverso, pois esta ocorre com o simples acordo entre as partes. A obrigação de dar cuja obrigação é a entrega da coisa, no direito brasileiro, consiste em duas espécies distintas⁴³. A primeira refere-se à obrigação de dar coisa certa (CC art. 863 a 873) e a outra é aquela referente à obrigação de dar coisa incerta (CC, arts. 874 a 877).

A obrigação de dar coisa certa é aquela que, tendo por objeto mediato uma coisa, é esta determinada desde o início da relação obrigacional. A liberação do devedor somente ocorre com a entrega daquela coisa previamente definida. O dispositivo 995 e seguintes do CC regulamentam a prestação em pagamento, instituto jurídico que permite a exoneração da parte

ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

⁴¹ A transferência da propriedade do bem imóvel opera-se mediante a transcrição do título aquisitivo no Registro Geral de Imóveis, CC, art. 530 e art. 860, parágrafo único. O presente trabalho tem por objeto o estudo da transmissão do risco sob a coisa móvel. Assim sendo, não será discutido qualquer aspecto relativo à propriedade imóvel.

⁴² Há duas exceções legais a esse princípio, que se encontram no Decreto-Lei nº 3.545/41 referente à compra e venda de títulos da dívida pública da União, dos Estados e dos Municípios e no Decreto-Lei nº 911/69, referente à alienação fiduciária. No primeiro, o art. 8º reza que a celebração do contrato transfere imediatamente ao comprador a propriedade do título. O segundo determina que a transferência da propriedade na alienação fiduciária independe de tradição. Nesse sentido, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1982. v. 5, p. 78.

⁴³ A obrigação de restituir consiste apenas em uma devolução, uma vez que é precedida por uma cessão de posse da coisa ao devedor. Não se trata de transferência de propriedade, não havendo tradição.

devedora mediante a entrega de coisa diversa. É indispensável, na hipótese, a celebração de um novo acordo entre os sujeitos contratuais nesse sentido.

A norma nacional atinente a essa espécie de obrigação, no que diz respeito à deterioração da coisa, prescreve que, se a coisa se perder antes da tradição, não tendo o devedor incorrido em culpa, resolve-se a obrigação para ambos os contratantes. A mesma solução é adotada se, sem culpa do devedor, perde-se a coisa pendente uma condição suspensiva⁴⁴. Se o fato se der por culpa do devedor, deve ele responder pelo equivalente acrescido das perdas e danos. No direito pátrio, as perdas e danos, instituto regulamentado no art. 1059⁴⁵ e seguintes do CC, compreendem o dano emergente, isto é, a perda efetivamente sofrida pelo credor, assim como os lucros cessantes, ou seja, o lucro que deixou de auferir. O artigo 866 determina que, deteriorada a coisa, o credor tem a opção de resolver a obrigação ou aceitar a coisa no estado em que se encontrar, com abatimento no preço. Se o fato se deu por culpa do devedor, poderá o credor pedir, ainda, indenização por perdas e danos, artigo 867.

Na obrigação de dar coisa incerta, o objeto é provisoriamente indeterminado, porém, suscetível de determinação. É uma espécie de relação obrigacional em que a prestação se individualiza em momento posterior, por meio de um ato de escolha. A generalidade original da prestação tem os seus limites na indicação do gênero e da quantidade. Ocorre o adimplemento da obrigação quando o objeto torna-se determinado por meio de um ato jurídico unilateral denominado *concentração*. A partir de então, essa obrigação será regulamentada pelas normas relativas à obrigação de dar coisa certa. Assim sendo, antes do adimplemento, diante da perda ou deterioração da coisa, o devedor não poderá alegar culpa, caso fortuito ou força maior. O princípio *genus nunquam perit* adequa-se à

⁴⁴ CC, art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes.

Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos.

Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa.

⁴⁵ CC, art. 1059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

hipótese legal. As partes podem determinar a quem cabe o ato de escolha, permitindo-se a indicação de um terceiro. Não havendo manifestação, a concentração competirá ao devedor, que “não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a dar a coisa melhor”, nos termos do art. 875 *in fine* do CC.

O contrato de compra e venda é disciplinado no Capítulo I, Título V, do Livro III do CC. A norma do artigo 1122 dispõe:

“Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagá-lo certo preço em dinheiro”.

Doutrinadores nacionais⁴⁶ identificam determinadas características jurídicas nessa espécie de contrato, tais como ser contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual (solene se assim exigir a lei) e, finalmente, translativo do domínio. Foge ao âmbito do presente trabalho o estudo acerca de cada uma dessas características. A coisa, um dos elementos constitutivos do contrato de compra e venda, ao lado do preço e do consentimento, deve ser determinada, ou ao menos, determinável. Uma vez pago o preço, o vendedor tem a obrigação de entregar ao comprador a coisa alienada. A alienação de coisa litigiosa é permitida pelo ordenamento jurídico nacional, tendo em vista a disposição do art. 1117 CC referente à evicção.

O vendedor obriga-se a entregar a coisa ao comprador, transferindo a propriedade do bem. O comprador obriga-se a pagar o preço estipulado pelas partes. Assim sendo, ao direito que tem o vendedor de receber o preço corresponde o seu dever de zelar pelo bem até a sua entrega definitiva; ao direito que tem o comprador de receber a coisa corresponde o seu dever de pagar o preço. A transferência da propriedade, como visto acima, somente ocorre ante a tradição do bem móvel. O ato translativo do domínio, a entrega da coisa, pode, pois, tanto ocorrer simultaneamente com o ato negocial, a própria venda, quanto é possível ser um ato sucedâneo ao outro. O vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço; não se tratando de venda a crédito, prescreve a norma do Código

Civil, art. 1130⁴⁷. Aplica-se à hipótese a disposição prevista no art. 1092⁴⁸, primeira parte, eximindo-se o comprador de pagar o preço. Se o contrato nada dispuser acerca das despesas com a tradição da coisa, estas correrão por conta do vendedor, conforme dispõe o art. 1129.

A regra geral disciplinadora da transmissão de risco concernente às obrigações, no direito pátrio, é aquela prevista no art. 865, *supra* citado. No contrato de compra e venda, incide uma norma especial, disposta como se segue:

“Art. 1127. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

Parágrafo 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar, ou assinalar coisas, que, comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas a disposição do comprador, correrão por conta deste.

Parágrafo 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.”

No direito brasileiro, em se tratando de contrato de compra e venda, até a tradição, os riscos sob a coisa são por conta do vendedor. Ao contrário da norma geral relativa às obrigações, se, por caso fortuito ou por força maior, a coisa se perder ou se deteriorar antes de ser entregue ao comprador, deve ele restituir o preço se já o tiver recebido. Em tendo havido a transferência do domínio ao comprador, isto é, se após a tradição, a coisa se perder ou se deteriorar por caso fortuito ou por força maior, o comprador deverá pagar o preço. Estando a mercadoria à disposição do comprador, a lei presume ter havido a tradição do bem. O vendedor transmite o risco ao comprador no

⁴⁷ Art. 1130. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço.

⁴⁸ Art. 1092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição de seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de fazê-la.

momento em que a mercadoria é colocada à disposição do último. A norma nacional destaca a hipótese do caso fortuito no parágrafo único do artigo 1127, visto que, normalmente, a coisa é recebida mediante a conduta do comprador de contá-la, medi-la ou assiná-la. Assim sendo, se o vendedor colocou a coisa à disposição do comprador e, tempos depois, vem este a contá-la, os riscos sob o bem são de sua responsabilidade desde o primeiro momento. A transmissão dos riscos produz o efeito previsto no dispositivo *supra* mencionado, na hipótese do caso fortuito ocorrido no ato de contar, marcar ou assinalar. Os riscos correrão por conta do vendedor, outrossim, se agiu fraudulenta ou negligentemente. A mora do adquirente em receber a coisa o torna responsável pelos riscos sob o bem, quando tiver este sido colocado à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados. A recusa do comprador, para efeito de incidência do disposto no artigo 1127, parágrafo 2º, há de ocorrer diante da entrega oportuna. Se o comprador determinar a expedição da coisa para lugar diverso daquele acordado, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la. Se, porém, o vendedor afastar-se das instruções fornecidas pelo comprador, é dele, vendedor, a responsabilidade pelos riscos da coisa. Quando da deterioração do bem, incide o dispositivo 866. Pode o comprador optar entre aceitar a coisa no estado em que estiver com abatimento no preço ou resolver o contrato. Em havendo culpa do vendedor, o comprador acresce ao pedido a indenização por perdas e danos (art. 867).

4. Conclusão

A Convenção das Nações Unidas sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias dedicou todo o seu Capítulo IV (artigo 66 ao artigo 70) à questão da transferência dos riscos sob a coisa. Com relevante importância prática, esse tema foi considerado um dos mais sérios e difíceis de todo o texto da Convenção, quando dos trabalhos preparatórios, seja em função da diversidade do tratamento jurídico referente a risco, seja em função da própria diversidade conceitual da expressão.

Fundamentalmente, a questão tem como cerne assinalar o exato momento em que o risco de lesão ou destruição das mercadorias objeto do contrato é transferido do vendedor para o comprador, uma vez que as obrigações de ambas

as partes serão diretamente afetadas por tal verificação. Se o risco sob a coisa competir ao comprador, ainda que tenha havido deterioração total das mercadorias, não pode este eximir-se da obrigação de pagar o preço. Sendo o risco por conta do vendedor, não mais é devido o pagamento pelo comprador, como, eventualmente, aquele será o responsável pelos danos em função da não-entrega.

A Lei Uniforme de Viena não utiliza um critério específico ao tratar da transmissão de risco. Como observa Von Hoffman⁴⁹, a classificação feita pela Convenção refere-se a três tipos legais e um quarto, de natureza residual. O primeiro e o segundo encontram-se dispostos no art. 67: o contrato que envolve transporte e o contrato cujo transporte dirige-se a local específico. O preceito seguinte refere-se à compra e venda ocorrida em trânsito (art. 68), dispendo, a seguir, a Lei Uniforme acerca do risco não-abrangido pelos dispositivos anteriores (art. 69).

A solução apresentada naquela situação de ser o vendedor o responsável pelo transporte da mercadoria a um lugar que não tenha sido determinado em muito se assemelha àquela prevista em nosso direito interno. O artigo 1128 do Código Civil, como verificado *supra*, prescreve que, se o comprador determinar a expedição da coisa para lugar diverso daquele acordado, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a quem haja de transportá-la. A lei brasileira refere-se a “lugar diverso daquele acordado” enquanto a norma da Convenção alude à circunstância de não estar o vendedor obrigado a entregar as mercadorias a lugar determinado. A responsabilidade do comprador sob os riscos da coisa, em ambas as situações, tem início no mesmo momento: “uma vez entregue a quem haja de transportá-los” e “a partir da remessa das mercadorias ao primeiro dos transportadores”⁵⁰.

⁴⁹ HOFFMAN, Bernd von. *International sale of goods* (Petar Scarcevic and Paul Volken). *Dubrovnik Lectures*. New York : Oceana Publications, 1985. p. 297.

⁵⁰ Disposições semelhantes são encontradas no Código Civil Alemão, o BGB, parágrafo 447; na lei interna norte-americana, o “Uniform Commercial Code”, 2-509; na lei inglesa, o “Sale of Goods Act”, de 1979, parágrafo 20; e no direito israelita, o “Israeli Sales Law”, artigo 22 (b). Dos países componentes da América Latina, entretanto, o Brasil é o único que contém uma disposição desta natureza em seu direito interno, donde se reforça a influência que sofremos do direito germânico, ao contrário dos nossos vizinhos continentais.

As regras concernentes ao comércio internacional equilibram-se entre duas grandes bases de sustentação. A primeira é a segurança, requisito que assume importância fundamental nas relações jurídicas entre sujeitos oriundos de países distintos. A segunda traduz-se na flexibilidade, condição essencial nas relações internacionais de troca. O estado permanentemente evolutivo é traço característico do comércio internacional. O dinamismo dessas relações reflete o contínuo desenvolvimento dos diversos elementos que as compõem, sejam os meios de transporte, as formas de comunicação, as novas espécies de mercadorias, – A Convenção da ONU de 1980 optou em não regulamentar os usos e costumes do comércio internacional, reconhecendo o seu dinamismo por meio do seu art. 9º:

“1. As partes estão vinculadas pelos usos em que consentiram e pela prática que elas se estabeleceram.

2. Salvo convenção em contrário das partes, entende-se que estas consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.”

A incidência das suas normas concomitantemente à utilização, pelas partes, dos *Incoterms* reflete a agilidade da estrutura normativa do texto da Convenção, adaptável às novas e crescentes necessidades das transações internacionais por meio dos termos internacionais de comércio. A Lei Uniforme de Viena, a rigor, consiste em um instrumento jurídico de caráter eminentemente subsidiário, viabilizando, dessa forma, toda a imprescindível agilidade das transações internacionais.

Novo Código de Trânsito – os Municípios e o policiamento

DIOGENES GASPARINI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Competência legislativa municipal em matéria de trânsito. 3. Interesse local ou peculiar interesse dos Municípios. 4. Ordem Pública: valor nacional que suplanta o interesse local. 5. Polícia de ordem pública, ou polícia administrativa geral, e polícia administrativa especial. 6. Polícia de ordem pública e sua polícia de trânsito, como atividade jurídica do Estado. 7. Poder de polícia de trânsito: capacidade indelegável à pessoa jurídica de direito privado. 8. Vinculação da receita proveniente das multas de trânsito. 9. Policiamento ostensivo de trânsito e fiscalização de trânsito. 10. Competência da Polícia Militar para exercer o policiamento ostensivo de trânsito. 11. Abordagem de veículo e registro de acidente de trânsito. 12. Órgãos de trânsito. 13. A interrupção da via pública e o direito de reunião.

1. Introdução

A Lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, em substituição ao Código Nacional de Trânsito, que muitos achavam inadequado para fazer frente à realidade atual do trânsito no país.

A principal queixa consistia em atribuir à legislação a responsabilidade pelos nossos altos índices de acidentes – verdadeira guerra a ceifar milhares de vidas e a deixar outro tanto de brasileiros mutilados.

Sempre entendemos que o enfoque excessivamente legalista constituía um equívoco, pois todas as pessoas que tratam de trânsito sabem que essa atividade sustenta-se no seguinte tripé: legislação ou esforço legal, engenharia e educação, sendo esta, na nossa opinião, a principal.

O Código Nacional de Trânsito era uma norma sistemicamente correta, que necessitava ajustes pontuais para a devida atualização. Ao invés disso, optou-se pela adoção de um novo

Diogenes Gasparini é Advogado, Mestre e Doutor pela PUC/SP, Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Código, que sofreu dezenas de vetos e cujo alcance só o tempo e a prática demonstrarão.

Neste trabalho, que não tem a pretensão de esgotar o assunto, examinamos, de forma técnica, os principais temas ligados à atuação da Administração Pública, nas três esferas de governo, procurando, na exegese sistêmica, dirimir algumas dúvidas que a nova Lei pode suscitar.

2. Competência legislativa municipal em matéria de trânsito

No que respeita à competência legislativa do Município em matéria de trânsito, podemos afirmar, seguramente, *não se tratar de matéria de interesse local*, haja vista ter sido reservada expressamente, e de forma privativa, à União, consoante dispõe o art. 22, inc. XI, da Constituição da República, quando estabelece:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...
XI – trânsito e transporte;”

Analisando essa norma constitucional, o Corpo Técnico-jurídico da Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, órgão hoje vinculado à Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado de São Paulo, no livro *Breves anotações à Constituição de 1988*. São Paulo : CEPAM : Atlas, 1990. p. 120, manifestou-se da seguinte forma:

“São de ordem legislativa todos os assuntos enumerados neste artigo e que abrangem matérias sobre as quais somente a União poderá legislar. Não poderão os Estados, Municípios e Distrito Federal legislar sobre quaisquer dessas matérias, sob pena de invadir competência exclusiva da União”.

Desse mesmo entender é a inteligência do Professor José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, 9^a ed., revista e ampliada de acordo com a nova Constituição, 4^a tiragem, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 439, que, ao dissertar sobre a competência legislativa da União, assevera:

“Toda a matéria de competência da União é suscetível de regulamentação mediante lei (ressalvado o disposto nos arts. 49, 51 e 52), conforme dispõe o art. 48 da Constituição. Mas os arts. 22 e 24 especificam seu campo de competência legislativa, que consideramos em dois grupos: a *exclusiva* e a *concorrente*.

I – *competência legislativa exclusiva* sobre:

1^o) Direito Administrativo:...

j) *trânsito* e transporte;” (grifos originais e nossos).

Destarte, não é possível fugir da norma constitucional, e também da doutrina pacífica que versa sobre o assunto, para permitir ao Município ou ao Estado legislar onde essa competência somente cabe à União. E mais, o Poder Público está atrelado ao mandamento legal, não podendo dele se afastar, sob pena de responsabilização do agente público, nas esferas administrativa, penal e civil.

O novo Código de Trânsito não divergiu dessa linha de pensamento e agrupou, no Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, órgão da União (art. 10), todas as competências normativas suplementares à lei federal (art. 12), além de funções de coordenação do Sistema Nacional de Trânsito.

O Município, portanto, não dispõe de nenhuma competência legislativa em matérias que não atinem com o *interesse local*, como trânsito, transporte coletivo intermunicipal, serviço postal, entre outras, mesmo quando realizadas no seu território. Pelos mesmos motivos, não lhe cabe legislar e, menos ainda, prestar serviços de policiamento ostensivo de trânsito, competência esta das Polícias Militares, como adiante veremos.

Com efeito, nas responsabilidades legislativas privativas da União, só se admite, excepcionalmente, a atuação de Estados e Municípios mediante lei complementar e, mesmo assim, sobre *questões específicas*, conforme faculta o parágrafo único do art. 22 do Estatuto Supremo.

As competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estão elencadas no art. 23 da Carta Política Federal, cabendo-lhes, consoante os incs. I e XII, a título de exemplo: “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” e “estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito”, desde que estejam instituídas, *em lei complementar*, as devidas regras de cooperação, conforme estabelece o parágrafo único do referido artigo, senão vejamos:

“Parágrafo único. *Lei complementar* fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (grifo nosso).

Note-se que a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o novo Código de Trânsito Brasileiro, é lei ordinária, portanto imprópria para estabelecer as aludidas regras.

Por fim, no art. 24 estão as competências legislativas concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal. O § 1º prescreve que, nesse particular, cabe à União estabelecer apenas normas gerais, enquanto o § 2º estatui que a competência da União não exclui a competência suplementar dos Estados, e o § 3º, por sua vez, estabelece que, inexistindo normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena. No caso que estamos examinando, há legislação federal e estadual, que foi recepcionada pela Constituição da República, versando sobre o policiamento ostensivo de trânsito, como mais adiante restará demonstrado.

3. Interesse local ou peculiar interesse dos Municípios

Inequivocamente, interesse local é igual a peculiar interesse. Aos Municípios, nos termos do inc. I do art. 30 da Lei Maior, cabe dispor sobre assuntos de interesse local:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;”

O Constituinte de 1988 preferiu substituir a tradicional cláusula do *peculiar interesse*, configurada nas Constituições anteriores, pelo *interesse local*, sem, contudo, inovar no seu conteúdo. A novidade ocorreu, tão-só, na locução. Assim, *interesse local* não é outra coisa senão aquele que prepondera, que sobressai, quando confrontado com o do Estado-membro ou com o da União. De sorte que ainda vale a preciosa lição do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Municipal brasileiro*. 6. ed. atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. Malheiros, 1993. p. 98:

“*Interesse local* não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacio-

nal que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o *interesse local*, inscrito como dogma constitucional, é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União” (grifos originais).

Mais uma vez, o Corpo Técnico-jurídico da Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, na obra acima citada, às págs. 144 e 145, deixou entrever que a locução *interesse local*, consignada no art. 30, inc. I, da Constituição, apenas substituiu a expressão *peculiar interesse* grafada nas Constituições anteriores, pois tratou aquela tal qual tratava esta.

No mesmo sentido, manifestou-se o ilustre constitucionalista Michel Temer, hoje Deputado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados, assegurando em seu livro *Elementos de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 106:

“Doutrina e jurisprudência, ao tempo da Constituição anterior, se pacificaram no dizerem que é de peculiar interesse aquele em que predomina o do Município no confronto com os interesses do Estado e da União. *Peculiar interesse* significa *interesse predominante*. *Interesse local* é expressão idêntica a *peculiar interesse*” (grifos originais).

É, portanto, de pouca ou de nenhuma valia tentar fundar proposta que insinue competência aos Municípios para legislar sobre matéria de trânsito por considerá-la de *interesse local*. Seguramente, os serviços de trânsito representam atividade relativa à ordem pública, cuja competência legislativa cabe à União e aos Estados-membros, conforme se vê no art. 144 da Lei Maior.

4. Ordem pública: valor nacional que suplanta o interesse local

É remansoso o entendimento doutrinário e jurisprudencial que considera a ordem pública um valor nacional, sendo certo que sua guarda a Constituição da República atribui à União (art. 142, *in fine*) e aos Estados-membros (art. 144, caput, e § 5º). Sendo valor nacional, não pode, por conseguinte, ser de interesse local, regulável pelo Município.

Da doutrina, depreende-se com facilidade que o policiamento ostensivo de trânsito e a fiscalização de trânsito, uma de suas formas de atuar para prevenir e reprimir as infrações e evitar acidentes, estão vinculados à preservação da ordem pública.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 14.658, de São Paulo, no dia 3 de julho 1950, relatado pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, manifestou-se a esse respeito, unanimemente, da seguinte forma:

“... já estabeleceu, com sua inegável autoridade, que a noção de ordem pública é nacional, não obstante a imprópria denominação que, no caso em que se examinava, deram-lhe de internacional” (grifamos).

Bem por isso, quando o condutor de um veículo desobedece ao semáforo ou faz conversão em local proibido, não fere apenas o interesse local. Está, isto sim, atacando e ferindo um valor nacional, integrante da ordem pública e, portanto, afrontando a segurança pública, que é um dos aspectos da ordem pública, cuja preservação cabe à polícia ostensiva.

Nesse mesmo sentido, vêm os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, oferecidos no *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. refund. e atual. pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional posterior. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 307, quando afirma:

“A esta altura da exposição, convém sublinhar que a segurança de uma sociedade nacional não é o somatório da segurança de cada indivíduo; trata-se de um conceito referido às instituições nacionais, ao Estado e à sua ordem jurídica, enquanto representarem a justa manifestação dos interesses e aspirações nacionais” (grifamos).

De outro lado, o Professor José Afonso da Silva, na sua citada obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 659, completa:

“Há, contudo, uma repartição de competências nessa matéria entre a União e os Estados, de tal sorte que o princípio que rege é o de que o problema da segurança pública é de competência e responsabilidade de cada unidade da Federação, tendo em vista as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo, como, aliás, é da tradição do sistema brasileiro” (grifo original).

Portanto, o serviço de policiamento ostensivo de trânsito, ramo da polícia de preservação de ordem pública, seja nas rodovias estaduais ou municipais ou nas vias urbanas, excetuando-se a competência da União, que é exercida pela Polícia Rodoviária Federal, cabe aos Esta-

dos-membros, pois não é predominantemente local, dado destinar-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado, das pessoas e do patrimônio e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores.

De fato, a quebra da ordem jurídica e os atentados contra o Estado, os indivíduos, o patrimônio e o meio ambiente são comportamentos que repercutem além dos limites do Município, que transcendem suas fronteiras, escapando do interesse predominantemente municipal e determinando, em razão disso, uma outra ordem de competência a cujos integrantes cabe coibi-los.

Clóvis Beznos, Procurador do Estado de São Paulo, a propósito do tema, conclui da seguinte forma o Parecer, publicado na *Revista de Direito Público*, v. 78, p. 180

“... mas também pelo fato relevante de que a questão relativa à ordem pública diz respeito ao interesse nacional, não se configurando *ipso facto* em mero interesse peculiar do município” (grifo original).

5. Polícia de ordem pública, ou polícia administrativa geral, e polícia administrativa especial

A polícia administrativa, entendem, pacificamente, os administrativistas nacionais e estrangeiros, divide-se em dois grandes ramos: a polícia geral e a polícia especial, ambas subdivididas em espécies.

A polícia administrativa geral é voltada aos aspectos da ordem pública, que são: segurança, tranqüilidade e salubridade, tendo previsão constitucional e legal, permitindo uma maior flexibilidade à Administração Pública por ser mais propícia à atuação discricionária, daí ter o formato de instituição, exigindo preparo e controle adequados de seus quadros, o que vai desde as condições particulares de ingresso, passando por formação, carreira, deveres e direitos, que lhes permitem exercer o poder soberano do Estado, inclusive usando da força para que a lei se sobreponha e a ordem turbada seja, prontamente, restabelecida.

A polícia administrativa especial, por sua vez, não tem por objeto a ordem pública e dilui-se em múltiplos segmentos, conforme os ramos das atividades particulares que lhe cumpre fiscalizar. Sua previsão legal é muito mais estreita que a da polícia de ordem pública e seu formato não é o de instituição, conforme explicam Georges

Vedel em seu *Droit Administratif*. 3. ed. Paris, 1964. p. 569-570 e Jean Rivero, na obra homônima *Droit Administratif*. 3. ed. Paris, 1965. p. 371.

Óbvio está que não devemos esquecer a distinção existente entre a polícia de ordem pública, ou polícia administrativa geral, e a polícia administrativa especial, pois na primeira enquadram-se, entre outras espécies, a polícia ostensiva de trânsito, tutelando o direito de ir e vir, enquanto na segunda impõem-se restrições ao uso e gozo da propriedade, à liberdade de comércio, da indústria, do uso e ocupação do solo e de outras iniciativas dos particulares, onde o Estado, necessariamente, impõe limitações. Logicamente, esta não se confundirá com a polícia administrativa geral, seja na ação preventiva ou mesmo na repressiva.

6. Polícia de ordem pública e sua polícia de trânsito, como atividade jurídica do Estado

Para a preservação da ordem pública atuará a polícia administrativa geral, sendo um dos seus ramos de atividade o policiamento ostensivo de trânsito. A polícia de ordem pública, em razão da gravidade dos seus objetivos, figura entre as atividades jurídicas do Estado, ou, na expressão mais em moda, atividade típica de Estado, por isso exclusiva do Estado, como nos ensina Cardozo de Melo Neto em sua apostila *Ação social do Estado*. São Paulo : USP, 1917. p. 7.

No mesmo sentido está a lição que Mário Masagão nos oferece, em seu *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977. p. 71, quando cuida da descentralização política:

“172 – O terceiro setor é o da manutenção da ordem interna e da atividade policial. O assunto é da competência dos Estados. Caberá à União operar nesta matéria somente por exceção, quando impotente o Estado federado para manter a ordem em seu território, a situação se enquadre na de guerra civil, ou impeça o livre exercício de algum dos poderes estaduais; ou ainda na hipótese de o Estado solicitar o auxílio federal”.

José Cretella Júnior, assim como Mário Masagão, usa a expressão *ordem interna* com o significado de ordem pública, não havendo dúvida que ambos estão se referindo à atividade policial, própria e exclusiva do Estado, o que se depreende da leitura do *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1966.

v. 1, p. 139, que, relacionando as atividades jurídicas exercidas pelo Estado, destaca:

“A ordem interna do país não pode ser perturbada, sendo tal mister de competência do Estado, que tem por missão assegurar aos cidadãos a possibilidade de uma vida tranqüila, prevenindo e reprimindo os delitos.”

Pelo exposto, não nos resta qualquer tipo de dúvida que a função de polícia de trânsito, por integrar a polícia de ordem pública, configura-se em atividade jurídica do Estado, sendo-lhe, portanto, exclusiva.

7. Poder de polícia de trânsito: capacidade indelegável à pessoa jurídica de direito privado

Uma das inovações trazidas pelo Código de Trânsito Brasileiro foi a possibilidade de atribuição de poder de polícia administrativa de trânsito aos Municípios, a partir do previsto no art. 24, incs. VI ao IX, XX e XXI, que lhes permite fiscalizar, vistoriar, sendo que o verbo vistoriar é sinônimo de fiscalizar, tanto que o Código, no Anexo-I, quando trata dos conceitos e definições, não conceitua nem define vistoria, e, também, aplicar penas de polícia nas formas de advertência, multa e medidas administrativas, atos que emanam do poder de polícia, a rigor, do art. 24, inc. VI e da definição de fiscalização, art. 4º e Anexo-I.

Porém, essas competências municipais são condicionadas, nos termos do § 2º do art. 24, que diz:

“Para exercer as competências estabelecidas neste artigo, os Municípios deverão integrar-se ao Sistema Nacional de Trânsito, conforme previsto no art. 333 deste Código”.

Por sua vez, o art. 333 e parágrafos dispõem:

“Art. 333. O CONTRAN estabelecerá, em até 120 (cento e vinte) dias após a nomeação de seus membros, as disposições previstas nos arts. 91 e 92, que terão de ser atendidas pelos órgãos e entidades executivos de trânsito e executivos rodoviários para exercerem suas competências.

§ 1º Os órgãos e entidades de trânsito já existentes terão prazo de um ano, após a edição das normas, para se adequarem às novas disposições estabelecidas pelo CONTRAN, conforme disposto neste artigo.

§ 2º Os órgãos e entidades de trânsito a serem criados exercerão as competências previstas neste Código em cumprimento às exigências estabelecidas pelo CONTRAN, conforme disposto neste artigo, acompanhados pelo respectivo CETRAN, se órgão ou entidade municipal, ou CONTRAN, se órgão ou entidade estadual, do Distrito Federal ou da União, passando a integrar o Sistema Nacional de Trânsito”.

Dos arts. 91 e 92, que fechavam este ciclo de remissões, foi vetado o 92, restando o art. 91, com a seguinte redação:

“Art. 91. O CONTRAN estabelecerá as normas e regulamentos a serem adotados em todo o território nacional quando da implementação das soluções adotadas pela Engenharia de Tráfego, assim como padrões a serem praticados por todos os órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito”.

Em resumo, o exercício das atribuições executivas do Município, prevista no art. 24 do Código, dependerá de ele estar integrado ao Sistema Nacional de Trânsito (art. 24, § 2º); de atender às normas, regulamentos e padrões estabelecidos pelo CONTRAN (art. 333 e art. 91); de exercer as competências em cumprimento às exigências estabelecidas pelo CONTRAN (art. 333, § 2º); e de submeter suas atividades de trânsito ao acompanhamento e coordenação do Conselho Estadual de Trânsito – CETRAN (art. 333, § 2º, e art. 14, VIII).

Assim, a competência municipal, quase que delegada, é condicionada e supervisionada pela União, além de acompanhada e coordenada pelo Estado-membro. Esta foi a forma que ganhou a propalada *municipalização do trânsito*, uma panacéia, cuja inviabilidade sempre sustentamos, pelas razões alinhadas ao longo deste trabalho.

Considerando que o Município cumpra as exigências supra descritas e se habilite a fiscalizar e punir as infrações de circulação, estacionamento, parada, excesso de peso, dimensões e lotação, que lhe permitem os incs. VI a VIII do art. 24 do novo Código de Trânsito, atos esses todos decorrentes do poder de polícia administrativa de trânsito, mesmo assim restará submetido aos parâmetros impostos ao poder de polícia de ordem pública.

Em gênero, Caio Tácito explica, no Poder de polícia e seus limites, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, n. 27, p. 1 que:

“O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Admi-

nistração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”.

Entenda-se que os Municípios tinham, apenas, poder de polícia especial, nos exatos termos da lei, cabendo-lhes agora, obedecidas as condições acima examinadas, exercer parte do poder de polícia de trânsito para fiscalizar e punir aquelas infrações, segundo lhes permite o Código de Trânsito.

É sempre oportuna a transcrição de excerto da matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, de 30 de agosto de 1991, da lavra do Desembargador paulista Álvaro Lazzarini, onde restou clara a obrigatoriedade do exercício do poder de polícia por órgão da Administração direta:

“Se no sistema constitucional vigente, como nos anteriores, à União compete, privativamente, legislar sobre matéria de trânsito, além de dispor sobre as suas infrações e sanções de polícia de trânsito, evidentemente que a ela compete prever de quem é a competência (atribuição) para o legal exercício do Poder de Polícia, no caso, eminentemente de polícia administrativa, como é a Polícia de Trânsito, pois infração de trânsito não se confunde com infração penal, esta sim de interesse da denominada polícia judiciária (nosso *Direito Administrativo da Ordem Pública*. 2. ed. Forense. p. 28).

A fiscalização de trânsito, que integra o conceito de policiamento de trânsito, bem por isso *só pode ser exercida pela Administração pública enquanto poder público*, e não como particular (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. p. 107; RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. 1981. p. 15; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Taxas de Polícia*. 1980, p. 32).

Cretella Júnior salienta que o primeiro elemento de obrigatória presença é a fonte de que provém o Poder de Polícia, a existência da polícia, do policiamento: O Estado, *ficando, pois, de lado qualquer proteção de natureza particular (Tratado de Direito Administrativo*. v. 1, p. 30: *Polícia Administrativa*.)” (grifamos).

Aliás, conclusiva é a afirmação do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto em seu *Curso de Direito Administrativo*, p. 85, assim proferida:

“Em regra, cabe ao próprio Estado, em seus desdobramentos políticos e admi-

nistrativos, executar as atividades de Administração pública. Tão volumosa e diversificada é, porém, essa tarefa demandada de um Estado contemporâneo, que passou a ser comum a *transferência* a entidades privadas dos encargos de *execução*, mediante instrumentos jurídicos de delegação.

A doutrina considera que certas atividades são, todavia, indelegáveis: as denominadas *atividades jurídicas* do Estado, que lhe são *próprias* e impostas como condição necessária de sua existência. As demais, delegáveis, são as chamadas *atividades sociais ou impróprias*, que são cometidas ao Estado na medida em que ao legislador pareçam *úteis* à sociedade, embora não sejam fundamentais à sua preservação.

No campo do *poder de polícia*, só há atividades próprias.” (grifos originais).

Não existe portanto, qualquer possibilidade de delegação do poder de polícia de trânsito a empresas paraestatais ou da administração indireta. O exercício desse poder administrativo do Estado é uma de suas atividades jurídicas exclusivas e de forma alguma poderá ser feito por entidade que congregue capital ou interesse particular, muito menos por intermédio de seus agentes, por não restar vínculo direto e estrito com o Poder Público.

Disso não divergiu o Código de Trânsito, conforme se depreende do exame do veto ao § 4º do art. 1º, quando dizia:

“A exigência de que o Sistema Nacional de Trânsito seja composto por entidades dotadas de personalidade jurídica própria constitui uma limitação, que, além de afrontar o disposto no art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição, restringe, em demasia, o poder de conformação da União e dos Estados-membros na estruturação e organização desse serviço.”

Personalidade jurídica própria, para exercer fiscalização, somente poderia ser a de *direito público*, mas, ao falar em administração indireta, a regra tornou-se intrinsecamente conflitante, obrigando, por essa razão, ao veto.

Se o poder de polícia de trânsito e suas exteriorizações, a fiscalização e a punição, pelas razões enunciadas e à evidência, são próprias do poder público e nos limites da lei, qualquer tentativa de delegá-lo a paraestatais só poderá ser considerada ilegal, sujeitando-se o dirigente do órgão público à responsabilidade penal, civil e administrativa.

Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica; expõe-se à anulação e torna seu autor passível de responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme já o dissemos em outra ocasião, em nosso *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 6.

Assim, o exercício do poder de polícia de trânsito pelos Municípios terá de ser feito por seus órgãos ou por suas entidades, na forma de fundações ou autarquias, todas pessoas jurídicas de direito público, submetidas aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, entre outros.

Cumpramos dizer, também, que, além de o poder de polícia ser indiscutivelmente da essência do Estado, no caso do trânsito ressalta, dentre os princípios da administração, o da *moralidade*. Todos sabemos, e os condutores já sentiram na pele, o que significa a *indústria da multa*, instalada pelo Poder Público em alguns Municípios, como maneira de buscar recursos para os seus cofres. Imagine-se a mesma *indústria* na mão de particulares com a finalidade de auferir lucro.

Em 3 de dezembro do corrente, o *Jornal da Tarde* veiculou matéria sob o título: Indústria de multa na mira do MP, onde o Vereador Arselino Tatto estaria representando ao Ministério Público do Estado contra a Companhia de Engenharia de Tráfego (CET), com o objetivo de se apurar abuso em aplicação de multas.

O vereador afiança que:

“É estarrecedor o aumento no número das multas. Isso virou uma indústria”.

Na mesma matéria, o presidente do Sindicato dos Trabalhadores do Sistema Viário denuncia a pressão que os empregados da CET, que são carinhosamente chamados de “marronzinhos”, estão sofrendo, no sentido de que multam pelo menos 40 (quarenta) veículos por dia.

Por esse motivo específico, o próprio Vereador Arselino Tatto arremata, concluindo que:

“O aumento na aplicação de multas visa somente arrecadar mais dinheiro para cobrir o rombo no caixa da Prefeitura”.

Não podemos e nem devemos admitir que a própria Comunidade sinta e sofra, na pele, a ânsia dessa indústria de multa, que somente tem por objetivo o arrecadar e, por via de consequência, suprir o orçamento da Secretaria Municipal de Finanças que repassa, na proporção prevista, parte da arrecadação para a CET, que é, como já nos manifestamos em outros estudos, uma empresa de economia mista, na qual o Município de São Paulo está associado a particulares.

Nesse sentido vem a lição do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, publicada no *Direito Administrativo brasileiro*. 17. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros, 1992. p. 84, ao descrever a moralidade administrativa:

“E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, *mas também entre o honesto e o desonesto*. Por considerações de Direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, *mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto;...*” (grifamos).

Claro está que permitir à administração indireta, às sociedades anônimas, às pessoas jurídicas de direito privado, enfim, aos particulares, ainda que parcialmente, utilizarem-se do poder de polícia de trânsito, que é poder de império do Estado, cuja sanção é unilateral, externa e interventiva, para aplicar e arrecadar multas que reverterão em lucros ou dividendos a esses mesmos particulares, não pode ser legal e jamais será considerado honesto, moral e ético. Pelo contrário, tratar-se-á de autêntica aberração contra a qual a Sociedade precisa ficar alerta, tendo em vista que interessados nesse abuso não faltam.

Tanto que alguns juristas têm elaborado pareceres no sentido de que o poder de polícia, em casos específicos e sobre áreas bem definidas, que estariam no âmbito do poder de polícia administrativa especial, poderia ser delegado a empresas paraestatais, o que, no nosso entender, configura uma absoluta impropriedade, por minar os fundamentos do Poder Público.

Essa linha de pensamento só pode pretender que se autorize a delegação do poder de polícia em matéria de polícia administrativa especial, ou, como diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nas *atividades sociais*; não poderia ser estendida às atividades jurídicas, de tutela de direitos, que são próprias do Estado, pois só ele, *de per se, é capaz de garanti-las*.

Ainda que acatássemos a tese da delegabilidade do poder de polícia especial, de forma alguma poderia ela ser aplicada à fiscalização de trânsito, que, como já demonstramos, é matéria de polícia administrativa geral, posto que referente à ordem pública, necessariamente atividade jurídica do Estado.

Por certo, o Estado que delegasse aos particulares tão essenciais funções, ou ainda, que os deixasse organizar tais serviços como bem lhes parecesse, não teria mais razão de existir, confessada, como estaria, sua absoluta incapacidade para o cumprimento das atribuições que lhe são exclusivas.

De forma geral, o Poder Judiciário tem entendido que todo poder de polícia, seja ele de polícia administrativa geral ou especial, é indelegável a particular, ainda que empresa paraestatal.

A propósito vem a Apelação nº 275.612, da Comarca de Piracicaba, Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil (*JTACSP*, p. 100-102, 1972.), em cujo aresto ficou consignado:

“Mas, na sua defesa, a requerida argumenta, com vantagem, que inexistiu propriamente recusa à participação nos atos de fiscalização. Ocorre que a *Prefeitura firmara contrato com empresa de consultoria e assessoria, com a finalidade de aumentar a arrecadação do ISS; os prepostos dessa empresa, contudo, ao invés de se dedicarem a trabalhos de assessoria, passaram a executar tarefas que por definição legal são atribuídas com exclusividade a funcionários, ou agentes fiscais*, valendo-se, para assim proceder, de um *credenciamento* fornecido pela Prefeitura” (grifamos).

Para arrematar, reafirmamos que poder de polícia não pode ir para as mãos de particulares, mesmo quando organizados de maneira empresarial e associados ao Poder Público, não havendo para isso artifício legal, em face de sua flagrante inconstitucionalidade.

8. Vinculação da receita proveniente das multas de trânsito

Regra da maior importância constitui o art. 320 do Código de Trânsito Brasileiro:

“A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito.

Parágrafo único. O percentual de 5% (cinco por cento) do valor das multas arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito”.

Trata-se da vinculação do total da receita proveniente das multas de trânsito com as atividades ligadas diretamente ao trânsito, impedindo seu remanejamento para outras áreas de interesse do Governo, ato tão a gosto de nossos governantes.

Portanto, a partir da entrada em vigor do novo Código, o recurso oriundo de multa de trânsito haverá de ser revertido, exclusivamente, em benefício do trânsito.

À exceção do fundo nacional de segurança e educação de trânsito, que tem seu percentual fixado (5%), as demais atividades de trânsito: sinalização, engenharia, policiamento, fiscalização e educação terão seus percentuais determinados segundo a legislação de cada ente estatal. Note-se que a todas essas atividades deverão ser destinados recursos, e não a apenas algumas, em detrimento das outras.

Em relação ao policiamento ostensivo de trânsito, ocorre situação peculiar, porque as multas de circulação, parada e estacionamento, excesso de peso, dimensões e lotação aplicadas pela Polícia Militar, no âmbito das vias municipais, reverterão aos cofres do Município, pois a Corporação não tem como arrecadá-las, embora tenha direito a que parte da receita seja destinada ao policiamento, na forma de repasse. Na verdade, esse direito é do Estado-membro, ao qual pertence a Polícia Militar.

Daí nosso entendimento de que as regras para o respectivo repasse deverão ser feitas por intermédio de lei estadual, disciplinando a matéria de maneira uniforme em todo o Estado, não vislumbrando a invasão de competência, haja vista que a lei ordinária federal, que é o instrumento que exteriorizou o novo Código de Trânsito Brasileiro, obrigou que parte da arrecadação terá de ser repassada e aplicada no policiamento.

Por esses motivos, constatamos que a própria vinculação da receita das multas, com o policiamento ostensivo de trânsito, já veio definida, está expressa no art. 320 do novo Código e abrange toda e qualquer multa, sem que haja distinção com referência ao tipo ou a quem seja a autoridade competente que a aplicou.

Ora, quem executa o serviço de policiamento é o Estado-membro, portanto, ele é quem tem de conhecer sobre os reais custos do serviço prestado. Em sendo direito do Estado-membro, não resta ao Município qualquer competência legislativa neste particular, estando assim suplantada pela do Estado no que concerne, especificamente, ao tal custo do serviço.

Deixar cada Município fixar o percentual de recursos a ser repassado para o policiamento, competência do Estado-membro, não nos parece a melhor alternativa, em razão da quantidade e da disparidade de intenções dos Municípios.

9. Policiamento ostensivo de trânsito e fiscalização de trânsito

Policiamento é exercício regular do poder de polícia, que compete à Administração Pública, não existindo propriamente diferenças entre policiamento e fiscalização. A fiscalização de trânsito é apenas um dos modos de atuação do agente público quando põe em prática o poder de polícia. Não é, como se possa interpretar, um outro poder de polícia.

Com peculiar clareza, o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (obra citada, p. 295) explica que:

“O poder de polícia atua de quatro modos: pela *ordem de polícia*, pelo *consentimento de polícia*, pela *fiscalização de polícia* e pela *sanção de polícia*” (grifos originais).

E continua mais adiante (obra citada, p. 297):

“Segue-se a *fiscalização de polícia*.

Ela se fará tanto para a verificação do cumprimento das ordens de polícia quanto para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que receberam consentimentos de polícia. Sua utilidade é dupla: primeiramente, realiza a *prevenção* das infrações pela *observação* do cumprimento, pelos administrados, das ordens e dos consentimentos de polícia; em segundo lugar, prepara a *repressão* das infrações pela constatação formal dos atos infringentes” (grifos originais).

No trabalho, A Segurança Pública na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 109, p. 147, jan./mar. 1991, o Professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro Diogo de Figueiredo Moreira Neto foi mais fundo na questão, ao afirmar que:

“A *fiscalização de polícia* é uma forma ordinária e inafastável de atuação administrativa, através da qual se verifica o cumprimento da ordem de polícia ou a regularidade da atividade já consentida por uma licença ou uma autorização. A fiscalização pode ser *ex-offício* ou provocada. No caso específico da atuação da polícia de preservação da ordem pública,

é que toma o nome de *policimento*” (grifos originais).

O Código de Trânsito, em seu Anexo-I, cuja aplicação advém do art. 4º, apresentou definições distintas para fiscalização:

“*ato de controlar* o cumprimento das normas estabelecidas na legislação de trânsito, através do poder de polícia administrativa de trânsito, no âmbito de circunscrição dos órgãos e entidades executivos de trânsito e de acordo com as competências definidas neste Código” (grifamos).

Para policiamento ostensivo de trânsito:

“*função exercida pelas Polícias Militares* com o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir obediência às normas relativas à segurança de trânsito, assegurando a livre circulação e evitando acidentes” (grifamos).

Note-se que, para o Código, *fiscalizar é controlar*, pois este foi o verbo central da definição. Verbo, todos nós sabemos, exprime ação ou estado das coisas. Por sua vez, a definição de policiamento trouxe, em lugar do verbo, o substantivo *função*.

Ora, mas como se processa a ação do policiamento? Onde está o verbo que exprimiria essa ação?

Está evidentemente implícito que é o verbo *fiscalizar* ou *controlar*. Na verdade faltou, ao legislador, precisão na construção gramatical, o que não impede uma exegese correta, a partir da doutrina, da jurisprudência e, principalmente, da comparação com os demais diplomas legais, conforme veremos mais adiante.

Combinando a definição de fiscalização com outros dispositivos do Código (*art. 21, VIII, IX e XIII; art. 24, VI, VIII, IX e XX*), verificamos que a intenção do legislador foi a de limitar a aplicação do poder de polícia. Nesses casos, a fiscalização de trânsito e a conseqüente sanção somente se aplicariam às infrações de circulação, estacionamento, parada, excesso de peso, dimensões, lotação, emissão de poluentes e ruídos, isso se considerarmos fiscalização nas vias públicas (*art. 2º*). Porém, existe, também, outro campo de fiscalização de trânsito, relativo a processos de formação, habilitação, aperfeiçoamento e reciclagem de condutores (*art. 22, II*), bem como as vistorias e inspeções para emplacar e licenciar veículos, todas estas feitas em repartições públicas, por instrumentos burocráticos.

Num plano mais amplo, está o policiamento ostensivo de trânsito, atividade para qual o legislador fixou, no Código, quatro objetivos a saber:

1º) *prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública*; 2º) *garantir a obediência às normas relativas à segurança de trânsito*; 3º) *assegurar a livre circulação*; e 4º) *evitar acidentes*.

A consecução desses objetivos inclui, obrigatoriamente, a fiscalização de trânsito nas vias públicas retro descrita, agregada a outros controles, como: o estado de conservação do veículo e seus equipamentos obrigatórios; as condições legais e físicas do condutor; a revista no interior do veículo; a busca pessoal em seus ocupantes, se for o caso, e o envolvimento em acidentes ou ilícitos penais. Enfim, um aglomerado de atos interligados que não podem sofrer solução de continuidade, e, por força disso, a boa doutrina manda não dividir.

Portanto, o policiamento ostensivo de trânsito inclui a fiscalização das infrações de trânsito praticadas nas vias públicas e demais atos de polícia relativos ao trânsito, componentes do conjunto de medidas destinado, diretamente, a manter íntegra a ordem pública.

A fiscalização que é tratada pelo art. 23, inc. III, e para a qual teria de ser celebrado convênio, seguramente, não abrange a realizada nas vias públicas, pois essa é inerente ao policiamento ostensivo de trânsito, referindo-se ao outro tipo de fiscalização voltada, especificamente, para aspectos do trânsito que afetem, indiretamente, a ordem pública, conforme encontramos no art. 22, inc. II, do novo Código.

Em resumo, fica claro que o espírito do novo Código de Trânsito Brasileiro, nessa matéria, é: quem é competente para policiamento ostensivo de trânsito atua de forma ampla, enquanto quem é competente para a fiscalização atua, especificamente, em determinada parte da atividade, segundo estabelece o próprio Código.

10. Competência da Polícia Militar para exercer o policiamento ostensivo de trânsito

Quando se fala em competência, vem logo à mente a lição do festejado Professor Caio Tácito, *O abuso do poder administrativo no Brasil*: conceito e remédios. Rio de Janeiro : Co-edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959. p. 27 assim oferecida:

“A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou

universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício da atribuição do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”.

Ainda, nesse particular, cabe trazer à colação a afirmativa segura do saudoso Professor Teófilo Cavalcanti Filho, estampada no *Boletim do Interior*, v. 29, p. 31, publicação da Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, manifestada nestes termos:

“E quando se trata de matéria de competência, não se ignora, tem-se que levar sempre em conta o que a norma legal dispõe”.

Pois bem! Vejamos então o que diz a lei sobre a competência das Polícias Militares, começando pelo art. 144, *caput*, inc. V, e § 5º, da Carta Política federal:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

...
V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

...
§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; ...”.

Agora, no plano infra-constitucional, o Decreto-Lei federal nº 667, de 2 de julho de 1969, com as alterações efetuadas pelos Decretos-Leis federais de nºs 1.406, de 24 de junho de 1975, e 2.010, de 12 de janeiro de 1983, que reorganizou as Polícias Militares, em seu art. 3º, letra *a*, assegura-lhes o policiamento geral:

“Art. 3º. *Instituídas para a manutenção da ordem pública* e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, *compete às Polícias Militares*, no âmbito de suas respectivas jurisdições:

a. executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, *o policiamento ostensivo, fardado*, planejado pela autoridade competente, *a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública* e o exercício dos poderes constituídos;” (grifamos).

Na seqüência, o seu Regulamento, que é o Decreto federal nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, especifica os tipos de policiamento ostensivo existentes, entre eles o de trânsito e rodoviário:

“Art. 2º. Para efeito do Decreto-lei nº 667, de 2 de julho de 1969, ... são estabelecidos os seguintes conceitos:

...
21 – *Ordem Pública*: conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, *fiscalizado pelo Poder de Polícia*, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum;

...
27 – *Policiamento Ostensivo*: *ação policial, exclusiva das Polícias Militares, em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública.*

São tipos desse policiamento, a cargo das Polícias Militares, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, os seguintes:

- *de trânsito;*

...
- *rodoviário e ferroviário, nas estradas estaduais; ...*” (grifamos).

No Estado de São Paulo, a Lei estadual nº 616, de 17 de dezembro de 1974, veio reafirmar, como não poderia deixar de fazer, a legislação federal relativa ao policiamento de trânsito da seguinte forma:

“Art. 3º. Entende-se por policiamento ostensivo a ação policial em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de imediato quer pela farda, quer pelo equipamento, quer pelo armamento ou viatura.

Parágrafo único. O policiamento ostensivo será executado no território estadual nas seguintes atividades de segurança:

...
2. trânsito;

...
7. rodoviário, nas rodovias estaduais e municipais;”.

Convém observar que o Código Nacional de Trânsito anterior a toda essa legislação não

mencionava o policiamento de trânsito e, conseqüentemente, nem as Polícias Militares.

Já ao contrário, o novo Código de Trânsito Brasileiro prevê o policiamento ostensivo de trânsito como incumbência das Polícias Militares e as inclui no Sistema Nacional de Trânsito, nos termos do seu art. 7º:

“Art. 7º. Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

...

VI – as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal;”

Cumpre-nos, portanto, examinar a compatibilidade entre o Código de Trânsito Brasileiro e as leis anteriores, cujo objeto são as Polícias Militares, verificando o aspecto específico do policiamento de trânsito urbano e rodoviário.

De início, anote-se que não existiu revogação expressa e nem há qualquer elemento que nos permita concluir que tenha havido revogação tácita, por incompatibilidade entre os diplomas analisados. Ao contrário, trata-se do encontro entre norma geral sancionada posteriormente e as normas especiais.

A norma geral sendo complementada, sem resvalar para a ilegalidade e respeitando-se a sua limitação, imposta pela norma especial, é fenômeno que está disciplinado pela Lei de Introdução ao Código Civil, no § 2º do art. 2º:

“Art. 2º. ...

...

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (grifamos).

O Código de Trânsito Brasileiro, pela sua natureza, é lei nova de caráter geral sobre trânsito, abordando-o em todos os seus aspectos, enquanto os dispositivos legais que versam sobre as competências das Polícias Militares, quando tratam de trânsito, fazem-no de forma especial, vez que se destinam a disciplinar, concomitantemente, outros assuntos. Por isso, ao abordar sobre disposições gerais ou adentrando às disposições especiais, ao lado das já existentes no Ordenamento Jurídico, a lei posterior não revoga a lei anterior naquilo que é de sua especificidade.

Conforme ensina o Professor Carlos Maximiliano, em *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 146:

“As antinomias ou incompatibilidades implícitas não se presumem; devem ser inequívocas e demonstradas.”

A hipótese aqui analisada não demonstra qualquer antinomia entre a regra geral, que é, no caso, o Código de Trânsito Brasileiro, nem as regras especiais, que são o Decreto-Lei nº 667/69, o Decreto nº 88.777/83 e a Lei nº 616/74, até porque todas elas contemplam, como figura jurídica, o *policiamento ostensivo de trânsito*.

Assim, a lei posterior, em matéria de competência das Polícias Militares para exercerem o policiamento de trânsito, confirmou, simplesmente, toda a legislação pré-existente.

11. Abordagem de veículo e registro de acidente de trânsito

A abordagem de veículos, precedida de ordem de parada, com a finalidade de fiscalizar as condições físicas e documentais de condutores e dos próprios veículos, continua sendo atribuição exclusiva da Polícia, seja das Polícias Militares (*art. 4º, Anexo-I, policiamento ostensivo de trânsito*) ou da Polícia Rodoviária Federal (*art. 20, II*). Inclui-se, aqui, a realização de teste de dosagem de alcoolemia, cuja obrigatoriedade é de duvidosa constitucionalidade, e a perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (*art. 269, IX*).

O mesmo se aplica à busca pessoal nos ocupantes e no próprio veículo, ato vinculado ao Decreto-Lei federal nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, art. 244, e em consonância com o restante do Ordenamento Jurídico brasileiro.

Os bloqueios nas vias públicas, usual tática usada pela Polícia, permanecem incluídos no rol de suas capacidades funcionais exclusivas, a rigor da infração capitulada no art. 210 do novo Código:

“Transpor, sem autorização, bloqueio viário policial: infração gravíssima;”.

O Código de Trânsito Brasileiro pouco inovou nesse aspecto, permitindo a abordagem de veículo por agente público municipal competente apenas e tão-somente no tocante à fiscalização de excesso de peso e dimensões (*art. 24, III*), as quais, certamente, exijam tal providência. No mais, encontrando ou suspeitando de outra infração, administrativa ou penal, que requeira abordagem, terá de valer-se da ação policial.

Quanto ao registro de acidentes e infrações penais de trânsito, também continua sendo próprio das atribuições da Polícia. Nesse ponto, consideramos compatível com o novo Código e, por isso, está em vigor a Lei federal nº 5.970, de 11 de dezembro de 1973, que disciplina o

registro de acidentes de trânsito. Daí o disposto no art. 176, inc. V, do Código de Trânsito:

“Art. 176. Deixar o condutor envolvido em acidente com vítima:

...
V – de identificar-se ao policial e de lhe prestar informações necessárias à confecção do boletim de ocorrência: infração – gravíssima”.

Evidente que esta pessoa estaria, ainda, em tese, incorrendo no crime de desobediência, por não ter atendido à determinação legal de funcionário público, conforme tipifica o art. 330 do Código Penal Brasileiro.

12. Órgãos de trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro prevê quatro tipos de órgãos: 1º) os normativos – consultivos e coordenadores; 2º) os executivos de trânsito e rodoviários; 3º) os policiais; e 4º) os recursais. Esse conjunto de órgãos, preenchidas as condições legais, formam o Sistema Nacional de Trânsito.

Os órgãos normativos que são consultivos e de coordenação foram perfeitamente definidos pelo Código, como é o caso do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN (art. 7º, I, e art. 10), dos Conselhos Estaduais de Trânsito – CETRAN e do Conselho de Trânsito do Distrito Federal – CONTRANDIFE (art. 7º, II, e art. 14). O mesmo ocorreu, em relação aos órgãos policiais, prevendo a Polícia Rodoviária Federal (art. 7º, V, e art. 20) e as Polícias Militares (art. 7º, VI, art. 23 e art. 4º, Anexo-I, policiamento ostensivo de trânsito). Os órgãos recursais ficaram definidos na forma de Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI.

O que o Código não fixou foram os órgãos executivos de trânsito e executivos rodoviários. Para esses, o legislador deixou à União e às Unidades Federativas a tarefa de organizá-los, quando dispõe no art. 8º que:

“Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *organizarão os respectivos órgãos e entidades executivos de trânsito e executivos rodoviários*, estabelecendo os limites circunscricionais de suas atuações” (grifamos).

No caso da União, cumpre observar o art. 7º, incisos III e IV:

“Art. 7º. Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

...
III – os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados,

do Distrito Federal e dos Municípios;

IV – os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

Note-se que podem ser vários órgãos executivos, pois o rol de atribuições que lhes cabe (art. 19, art. 21 e art. 24) é extenso; assim, nada impede a divisão dessas atribuições, desde que fixados os limites de atuação de cada órgão observando o disciplinamento regulamentar.

Tais órgãos podem pertencer à Administração direta ou mesmo indireta, no caso destes, conforme explicamos longamente. A ressalva seria a impossibilidade de atribuir-lhes poder de polícia para a fiscalização do trânsito.

A distribuição das atribuições pelos órgãos executivos de trânsito poderá ser feita, inclusive, por decreto, de vez que configura organização interna do Poder Executivo. Bem por isso, a União já o fez, em relação ao Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, por intermédio do Decreto federal nº 2.351, de 17 de outubro de 1997.

A extensão de atribuições executivas de trânsito, no âmbito da mesma esfera de poder, é possível também à Polícia Rodoviária Federal e às Polícias Militares, órgãos da Administração Direta, recomendando-se apenas que tais atribuições sejam coerentes com as atividades de patrulhamento e policiamento ostensivo de trânsito exercidas, respectivamente, por essas Corporações.

13. A interrupção da via pública e o direito de reunião

Um dos dispositivos do novo Código de Trânsito Brasileiro que deverá causar polêmica é o art. 95, que diz:

“Nenhuma obra *ou evento* que possa perturbar ou interromper a livre circulação de veículos e pedestres, *ou colocar em risco sua segurança*, será iniciado sem permissão prévia do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via” (grifamos).

Parece-nos que o legislador misturou coisas distintas, o que, a nosso ver, não deveria ter ocorrido. Quanto às obras não há problema, pois enquadram-se no interesse do Município e estão sob a égide da legislação local. Os eventos, porém, podem dizer respeito às manifestações públicas inseridas no direito de reunião, consagrado pelo art. 5º, inc. XVI, da Constituição da República; logo, trata-se de matéria da

União e dos Estados, nas suas competências de preservação da ordem pública.

Assim, no tocante aos eventos, consideramos prejudicada a competência municipal, aventada que está no art. 24, inc. IX, do Código de Trânsito.

Aliás, para se exercer o direito de reunião não é preciso permissão, bastando prévio aviso à autoridade competente, conforme alerta o Professor José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 238-239):

“Agora apenas cabe um *aviso, mero aviso*, à autoridade que terá o dever de ofício de garantir a realização da reunião” (grifo original).

O Corpo Técnico-jurídico da Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM manifestou-se no mesmo sentido em obra citada, à p. 36, que o direito de reunião:

“Pode ser exercido, hoje, independentemente de autorização das autoridades, sendo exigido apenas o aviso prévio para

que possam ser tomadas todas as precauções que dele dependam (por exemplo, *providências para que seja garantida a segurança dos participantes*)” (grifamos).

E continua, arrematando que:

“Importante frisar que não basta seja a reunião levada a efeito sem o uso de armas; *deverá também ter fins pacíficos, de modo a não perturbar a ordem pública nem ferir o interesse coletivo*” (grifamos).

Sendo matéria de ordem pública e tendo por objetivos a livre circulação e a segurança de veículos e pedestres, expressos pelo art. 95 do novo Código, a autoridade a ser avisada será órgão da Polícia Militar, competente para a execução do policiamento ostensivo de trânsito no local do evento. Afinal, esses estão entre os objetivos contidos na definição de policiamento ostensivo de trânsito (*art. 4º, Anexo-I do Código*).

A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse

IACYR DE AGUILAR VIEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Constituição no pensamento de Ferdinand Lassalle. 3. A Constituição no pensamento de Konrad Hesse. 4. Conclusão.

1. Introdução

Na introdução de sua obra *Über die Verfassung*, traduzida para a edição brasileira como “A Essência da Constituição”, Ferdinand Lassalle afirma o caráter científico da sua palestra¹, exortando o público ouvinte a se despir de quaisquer idéias ou conhecimentos prévios a respeito do tema, como se dele tomasse conhecimento pela primeira vez, para que melhor acompanhasse e compreendesse o desenvolvimento do seu pensamento.

Tal posição se justifica pelo caráter da conferência proferida, que, como o próprio texto sugere, talvez tivesse como objetivo conscientizar o proletariado ouvinte. Aspectos biográficos, traçados por Aurélio Wander Bastos no prefácio da obra, fornecem-nos um perfil de Ferdinand Lassalle, que não teria se preocupado em dar uma tonalidade jurídica ao seu discurso, nem tampouco em fornecer subsídios lógicos para a formulação de uma

¹ Segundo Aurélio Wander Bastos (em Nota Explicativa à edição brasileira de *Über die Verfassung*, traduzida como “A Essência da Constituição”, Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985. p. ix), trata-se de uma conferência proferida em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia. Segundo Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991. p. 9. Tradução de: *Die normative Kraft der Verfassung*), trata-se de conferência sobre a essência da Constituição, proferida em 16 de Abril de 1862, numa associação liberal-progressista de Berlim.

teoria da Constituição, mas, sim, em conscientizar o ouvinte, numa preocupação eminentemente política.

O texto analisado trata de questões relevantes tais como: poder constituinte, processo de formação das leis, reforma constitucional, supremacia da Constituição, distinção entre Constituição formal e Constituição material etc., sem conferir-lhes tratamento jurídico.

Coube-lhe, no entanto, o mérito de haver lançado as bases de uma análise da Constituição no sentido material e sociológico, ao afirmar a necessidade de distinguir entre Constituições reais e Constituições escritas. Considerando que a verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos *fatores reais e efetivos de poder* que dominam nessa sociedade, observa que, quando a Constituição escrita não corresponder a tais fatores, está condenada a ser por eles afastada.

Submetendo-se a tais condições, ou é reformada para ser posta em sintonia com os fatores materiais de poder da sociedade organizada, ou sucumbe perante esta. Na concepção de Lassalle, os problemas constitucionais não são primariamente problemas de direito, mas de poder.

A análise do texto “A Essência da Constituição” será feita, basicamente, com o subsídio da obra “A Força Normativa da Constituição” (tradução efetuada pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes da aula inaugural proferida pelo Professor Konrad Hesse na Universidade de Freiburg – RFA, em 1959, sob o título: *Die normative Kraft der Verfassung*).

Konrad Hesse, ao contrapor-se às reflexões desenvolvidas por Ferdinand Lassalle, não as refuta de forma peremptória. Relativizando a concepção de Lassalle, a completa; trazendo-a para uma nova realidade, realça o caráter normativo da Constituição.

Na concepção de Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação, e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana,

principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional.

Hesse relativiza as idéias de Lassalle ao condicionar a autonomia da Constituição:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições”.

E acrescenta um elemento axiológico:

“Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”².

Como se pode observar nas primeiras linhas, tanto a obra de Lassalle quanto a obra de Hesse fornecem elementos para uma teorização da Constituição; um esforço de elaboração e aprofundamento de um conceito de Constituição.

Bem observa Jorge Miranda³ que não causa surpresa o fato de a Constituição surgir “com natureza, significação, características e funções diversas consoante as diferentes correntes doutrinárias que atravessam os séculos XIX e XX”.

Entre essas correntes, destaca o autor português as concepções jusnaturalistas (“manifestadas segundo as premissas do jusracionalismo nas Constituições liberais e influenciadas depois por outras tendências”), as positivistas (Laband, Jellinek ou Carré de Malberg e Kelsen), as historicistas (Burke, De Maistre, Gierke), as sociológicas (aqui se inclui Ferdinand Lassalle), as marxistas, as institucionalistas (Hauriou, Renard, Burdeau, Santi Romano, Mortati), a decisionista (Schmitt), as

² HESSE, op. cit., p. 14-15.

³ *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. v. 2, p. 53.

concepções decorrentes da filosofia dos valores (Maunz, Bachof) e as concepções estruturalistas (Spagna Musso, José Afonso da Silva)⁴.

Não obstante, a riqueza doutrinária que a análise pormenorizada de cada uma dessas concepções traria a este estudo não a faremos. Vale ressaltar que o quadro histórico em que surge cada concepção traz seu próprio contorno político e econômico, que por sua vez determina o contorno social.

O Estado, ao tempo em que escreve Lassalle, encontra-se dentro de uma moldura que não comportaria o Estado ao tempo em que escreve Hesse. As estruturas políticas, econômicas e sociais oferecem ao constitucionalismo do século XIX conotações diversas das oferecidas à doutrina constitucional do século XX.

Além das experiências vivenciadas durante as duas grandes guerras e o desenvolvimento científico e industrial verificado no século XX, podemos apontar ainda a instituição das formas de controle jurisdicional da constitucionalidade que, também neste século, constituíram fatores de modificação sobre a ordem constitucional.

Conforme realçado por Jorge Miranda⁵, “o conceito material de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam, vai ser assumido ou utilizado por diferentes regimes e sistemas políticos e abrir-se, portanto, a uma pluralidade de conteúdos”.

A influência histórica se revela de forma clara no posicionamento de Lassalle. Tal fator é melhor observado quando confrontamos seu pensamento com o de Konrad Hesse.

Para melhor clareza na exposição, dividiremos este trabalho em duas partes: A Constituição no pensamento de Ferdinand Lassalle e A Constituição no pensamento de Konrad Hesse.

2. A Constituição no pensamento de Ferdinand Lassalle*

Assim como a interpretação jurídica depende sempre da concepção que o intérprete tenha do Direito⁶, saber o que seja a essência da Constituição dependerá sempre da concepção que se tenha da Constituição.

⁴ Ibidem, p. 53-4.

⁵ Ibidem, p. 20.

* As transcrições entre aspas, sem referência expressa, pertencem ao texto *A Essência da Constituição*.

⁶ AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 45, 1989.

Lassalle inicia sua obra com uma indagação: qual a verdadeira essência, qual o verdadeiro conceito de uma Constituição?

Não basta apresentar a matéria concreta de determinada Constituição, tampouco basta buscar, na legislação precedente, seus dispositivos para alcançarmos um conceito de Constituição e, portanto, a sua essência.

Analisando a resposta de um juriconsulto: “Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país”, ou, tratando-se de um país republicano: “A Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual baseia-se a organização do Direito Público do País”, o autor entende que as respostas jurídicas distanciam-se muito e não explicam cabalmente a pergunta feita, limitando-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem; fornecem critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição, porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é, onde pode ser encontrada a sua essência⁷; também não servem para nos orientar se uma Constituição é boa ou má, factível ou irrealizável, duradoura ou insustentável.

Somente é possível verificar “se a Carta Constitucional determinada e concreta que estamos examinando se acomoda, ou não, às exigências substantivas” após sabermos qual é a verdadeira essência de uma Constituição, o que não é possível por meio das definições jurídicas, “pois podem ser aplicadas a todos os papéis assinados por uma nação ou por esta e seu rei, proclamando-as Constituições, seja qual for o seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência”.

⁷ Atualmente pode-se apontar como elementos essenciais da Constituição o seu *caráter temporal*, isto é, abertura ao tempo, historicidade; o seu *caráter processual*, isto é, como quadro normativo, insere-se no processo histórico que determina a sua mutabilidade; *consenso*, pois, como projeto dirigido ao futuro, com base na aceitação, para que haja eficácia programática é necessário que haja consenso sob pena de perder a legitimidade; *unidade*, apesar de não ser um código, de não ser exaustiva, requer unidade, que é alcançada por meio de princípios aglutinadores; *abertura ao tempo*, o que requer, pela sua incompletude, uma estrutura aberta cuja concretização será efetuada pelo Judiciário; e *ordem*. Notas de aula, quando da apresentação Seminário – Aplicabilidade das Normas Constitucionais pelo mestrando Humberto Bergamnn Ávila. CPG-Mestrado em Direito- UFRGS. 1º semestre de 1995.

Lassalle busca encontrar o conceito de Constituição por meio do método da comparação. Comparando Lei e Constituição, é possível estabelecer a diferença entre uma e outra, a partir de uma afinidade entre ambas – a essência genérica comum: “Uma Constituição, para reger, necessita de aprovação legislativa, isto é, tem que ser *também lei*. Todavia, não é uma lei como as outras, uma simples *lei*: é mais do que isso”.

A diferença fundamental está no fato de *ser a Constituição mais do que uma simples lei*:

- Diante do grande número de leis editadas a todo o tempo não há protesto. Há consenso da necessidade de edição de novas leis, que sempre modificam o aparelhamento legal existente.

- No entanto, há também consenso de que o mesmo não deve ocorrer quanto à Constituição. Há uma grande reserva quanto a modificação na Constituição. Muitos protestam.

- Existem Constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não poderá ser alterada de modo algum.

- Outras Constituições dispõem que, para serem reformadas, não é o bastante o desejo de uma maioria simples; há necessidade de obtenção de 2/3 dos votos do Parlamento.

- Existem ainda as que declaram não ser da competência dos corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo. Para reformá-la, deverá ser nomeada uma nova Assembléia Legislativa *ad hoc*, criada, expressa e exclusivamente, para esse fim, para que tal Assembléia se manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada.

Esses fatos demonstram que “no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme, de mais imóvel que uma lei comum”.

A resposta “Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação” pode fornecer a verdade que está sendo buscada. Mas para que tal aconteça, faz-se necessário responder a outra pergunta: “Como distinguir uma lei da Lei Fundamental?” ou, “Qual a diferença entre Lei Fundamental e outra lei qualquer?”

No processo de distinção, destacam-se os seguintes pontos: a Constituição como lei fundamental deve constituir o verdadeiro fundamento das outras leis, devendo informá-las e engendrâ-las: “a idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade*

ativa, de uma força eficaz e determinante, que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*”.

“Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, será qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como já vimos, uma força ativa que faz, por uma exigência da *necessidade*, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”.

Assinalando a supremacia da Constituição, conclui:

“Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental”.

À pergunta: – “Será que existe em algum país alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo?” responde:

“Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.

Exemplifica com a hipótese de um incêndio que destruísse todos os originais e todas as cópias impressas de todas as leis de um país, gerando a necessidade de decretação de novas leis. “Neste caso, pergunta ele, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis de capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar?”

Para responder, começa por enumerar os fatores reais do poder: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária.

A monarquia – Mesmo que o povo quisesse não reconhecer as prerrogativas que até então lhe tinham sido dispensadas ou não aceitasse a monarquia, não poderia impor a sua vontade, pois, contando com o apoio do Exército, o monarca estaria protegido – conclui ele: “um rei, a quem obedecem o Exército e os canhões... é uma parte da Constituição”.

A aristocracia – A influência dos nobres, grandes proprietários de terra, que, formando uma Câmara Alta, fiscalizam os acordos da Câmara dos Deputados – eleita pelo voto de todos os cidadãos –, aprovando-os ou não, além de contar com o apoio do Exército e dos canhões,

é sentida pelo rei e constitui “também uma parte da Constituição”.

A grande burguesia – A expansão industrial não aceitaria uma Constituição inspirada no modelo medieval (do tipo “gremial”). A expansão industrial requer “ampla liberdade de fusão dos mais diferentes ramos do trabalho nas mãos de um mesmo capitalista” e “necessita, ao mesmo tempo, da produção em massa e da livre concorrência – aqui no sentido de empregar quantos operários necessitar, sem restrições”.

A implantação de uma Constituição nos moldes medievais, isto é, do tipo gremial, provocaria uma crise no setor industrial e, conseqüentemente, no social. O fechamento de fábricas e o desemprego levariam os homens sem trabalho às ruas, subsidiados pela grande burguesia. Assim, a grande burguesia, também, um fragmento da Constituição.

Os banqueiros – O fato de o Governo também sentir apertos financeiros e necessitar contrair empréstimos em troca antecipada de títulos da Dívida Pública faz com que os banqueiros também se tornem parte da Constituição. O Governo deles necessita, como também necessita da cotação que a Bolsa de Valores dá aos títulos da Dívida Pública.

O Governo, limitado quanto à implantação de medidas excepcionais que firam os interesses dos banqueiros e das Bolsas de Valores, confere a estes lugar especial como fator real de poder, isto é, como parte da Constituição.

A consciência coletiva e a cultura geral da Nação também são consideradas “como partícipulas, não pequenas, da Constituição”.

A pequena burguesia e a classe operária – Na proteção dos interesses e na manutenção dos privilégios da nobreza, dos banqueiros, dos grandes industriais e dos grandes capitalistas, o Governo poderia privar a pequena burguesia e a classe operária das suas liberdades políticas?

Lassalle conclui que sim, mesmo que de forma transitória. Mas se o Governo pretendesse subtrair à pequena burguesia e à classe operária não somente suas liberdades políticas, mas sua liberdade pessoal, transformando-as em escravos, não alcançaria tal pretensão, pois a pequena burguesia e a classe operária protestariam, formando um bloco invencível. Constitui então o povo uma parte integrante da Constituição.

A monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a consciência coletiva, a cultura geral da Nação e também o

povo (a pequena burguesia e a classe operária) constituem os fatores reais de poder.

A tese fundamental do pensamento de Lassalle pode ser assim resumida: a Constituição de um País é, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

Estabelece a relação que existe entre esses fatores reais de poder e a Constituição jurídica:

“Juntam-se esses fatores *reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão *escrita*. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores *reais de poder*, mas sim verdadeiro – *direito*, instituições *jurídicas*. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseqüente é punido”.

Segundo Lassalle, “ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores *reais* do poder, transformando-os desta maneira em fatores *jurídicos*”. Tal fenômeno ocorre de forma “diplomática”, não havendo uma declaração expressa de que “os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma”.

Relata uma situação ocorrida na época, que retrata como os fatores reais de poder, dissimuladamente, operam por meio da legalidade: o Sistema Eleitoral das Três Classes, que vigoraria na Prússia de 1848 a 1918.

Até 1848, vigia o sufrágio universal, que garantia a todo cidadão, fosse rico ou pobre, o mesmo direito político, as mesmas atribuições para intervir na administração do Estado. Com a promulgação da Lei das Três Classes (1848), usurparam-se, aos trabalhadores e à pequena burguesia, suas liberdades políticas, sem despojá-las, no entanto, de um modo imediato e radical, dos bens pessoais, constituídos pelo direito à integridade física e à propriedade.

A Lei das Três Classes dividia a Nação em três grupos eleitorais de acordo com os impostos por eles pagos e que eram calculados de acordo com as posses de cada eleitor, chegando a alcançar resultados como: o opulento teria o mesmo poder político que dezessete cidadãos comuns, ou melhor, nos destinos políticos do País; o capitalista teria uma influência dezessete vezes maior que a de um simples cidadão sem recursos.

Outro exemplo apresentado por Lassalle é o da formação de uma Câmara Senhorial, um Senado, constituída pelos representantes da

grande propriedade sobre o solo – proprietários por tradição – e outros elementos secundários, com atribuições de aprovar ou não os acordos celebrados pela Câmara dos Deputados eleita pela Nação, que não teriam valor legal se fossem rejeitados por essa Câmara Senhorial, ou Senado.

A vontade nacional, e de todas as classes que a compõem, por mais unânime que seja, fica minada pela prerrogativa atribuída a um grupo de cidadãos que detêm a propriedade do solo.

Apenas o rei (e o Exército) pode superar o poder atribuído às três classes de eleitores. Como chefe supremo das Forças Armadas, uma vez que estas não são obrigadas a prestar juramento à Constituição, mas ao rei, possui este um poder muito superior ao que goza a Nação inteira, mesmo tendo esta um poder efetivo muito maior que do Exército. Isso porque o Exército se constitui numa força organizada que pode reunir-se a qualquer hora do dia ou da noite e que funciona com disciplina, enquanto o povo, mesmo sendo em número superior, não se encontra organizado, além de não possuir canhões.

Lassalle, no entanto, não subestima a força do povo, que “pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada”.

O autor conclui a primeira parte de sua Conferência entendendo haver demonstrado a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: a Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e a Constituição escrita, à que denomina de “folha de papel”, numa alusão à frase de Frederico Guilherme IV que teria dito:

“Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma *folha de papel escrita*, como se fosse uma segunda Providência”.

Observando que todos os países possuíram e possuirão sempre uma Constituição real e efetiva, afirma ser esta uma necessidade que se impõe, “pois não é possível imaginar uma Nação onde não existam os fatores reais de poder, quaisquer que sejam eles”.

Aponta como exemplo a França, em que o povo estava habituado a sofrer o peso de todos os impostos e prestações que lhe quisessem impor; ressalta a desnecessidade de que tal circunstância conste de documento escrito, uma vez que naquele país vigorava a expressão

simples e clara dos fatores reais de poder, não constando, em nenhum documento escrito, quais os direitos do povo e quais os direitos do Governo. Tais tradições de fato assentavam-se nos *precedentes* que na Inglaterra continuavam a ter grande importância nas chamadas questões constitucionais.

Assinala que

“os fatos e precedentes, os pergaminhos, foros, estatutos e privilégios da Idade Média reunidos formavam a Constituição do País e que todos eles eram a expressão, de um modo simples e sincero, dos fatores reais do poder que regiam o País”.

Segundo Lassalle,

“todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos de sua história, uma Constituição *real e verdadeira*. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância –, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as *constituições escritas nas folhas de papel*”.

Nos Estados Modernos, com o fenômeno do monopólio do Direito pelo Estado, é que surgem, de modo generalizado, as Constituições escritas, “cuja missão é a de estabelecer *documentalmente*, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente”.

A aspiração de possuir uma Constituição escrita tem como origem o fato de ter-se operado uma transformação nos elementos reais do poder imperantes dentro do país, num determinado momento:

“se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranquilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional”.

Como ocorrem essas transformações que afetam os fatores reais do poder de uma sociedade pode-se observar por meio da história:

O Estado pouco povoado da Idade Média, sob o domínio governamental de um *príncipe* e com uma nobreza que possuía a maior parte da propriedade territorial, necessitava de uma Constituição feudal. A nobreza detinha, além da posse das terras, o poder sobre os feudatários, os servos, os colonos, obrigando-os a formar suas hostes e a lutar com os seus

vizinhos. Os senhores feudais possuíam, ainda, chefes de armas, soldados, escudeiros e criados que, sob o seu poder, também serviam ao rei, que não possuía outra força efetiva que a dos próprios que compunham a nobreza. *O príncipe* não poderá criar, sem seu consentimento, novos impostos e ocupará entre eles apenas a posição de *primus inter pares*.

A passagem do feudalismo ao capitalismo determina novas mudanças. Novos fatores reais de poder surgem determinando novo modelo de Constituição:

“a população cresce, a indústria e o comércio progredem e seu progresso facilita os recursos necessários para fomentar novas mudanças, transformando as vilas em cidades. Nasce a pequena burguesia e os grêmios das cidades começam a desenvolver-se também, circulando o dinheiro e formando os capitais e a riqueza particular”.

A população urbana não mais depende da nobreza; tem interesses opostos a esta que, pouco a pouco, perde as prerrogativas e os poderes.

O príncipe alcança maior poder efetivo, chegando a possuir um Exército permanente; retira da nobreza a prerrogativa de receber tributos, obrigando-a ao pagamento de impostos.

Com a transformação dos *fatores reais do poder*, transforma-se também a *Constituição vigente* no país. O absolutismo sucede ao feudalismo, dando razão a uma nova ordem.

O príncipe, como soberano absoluto,

“não acredita na necessidade de se *pôr por escrito* a nova Constituição; a monarquia é uma instituição demasiado prática para proceder assim. O *príncipe* tem em suas mãos o instrumento real e efetivo do poder, tem o exército permanente, que forma a Constituição efetiva desta sociedade, e ele e os que o rodeiam dão expressão a essa idéia, dando ao país a denominação de ‘estado militar’”.

O poder efetivo do príncipe é reconhecido pela nobreza, que abandona os feudos e se concentra na Corte, onde “recebe uma pensão e contribui, com sua presença, para prestigiar a monarquia”.

O próximo passo registrado pela história e também analisado por Lassalle é o do fortalecimento da burguesia, por meio do desenvolvimento da indústria e do comércio. Ao príncipe torna-se impossível acompanhar o desenvolvimento da burguesia, “que começa a compre-

ender que também é uma potência política independente”.

Paralelamente ao aumento da população, aumenta-se e divide-se a riqueza social em proporções incalculáveis, progredindo também as indústrias, as ciências, a cultura geral e a consciência coletiva; outro dos fragmentos da Constituição.

Surge o protesto da burguesia. Fato ocorrido na Prússia em 18 de março de 1848.

Lassalle termina a primeira parte da sua exposição entendendo “haver demonstrado que os fatos históricos analisados tiveram o mesmo efeito de um incêndio”(correspondem ao incêndio hipotético apresentado no início da sua obra) ou de um furacão que “tivesse varrido a velha legislação nacional”.

Ao tratar sobre a Constituição escrita e a Constituição real, Lassalle inicia afirmando a prevalência do direito privado em caso de revolução e afirmando o desmoronamento das leis do direito público quando num país arrebenta e triunfa uma Revolução.

Foi o caso da Revolução de 1848, ocorrida na Prússia, que demonstrou a necessidade de se criar uma nova Constituição escrita, tendo o rei se encarregado de convocar, em Berlim, a Assembléia Nacional para estudar as bases de uma Nova Constituição.

“Em 1848 ficou demonstrado que o Poder da Nação é muito superior ao do Exército”, mas aponta a grande diferença que existe entre um e outro: a questão da organização de que é dotado o Exército e de que não dispõe o povo, “que é totalmente desorganizado, capaz de vencer apenas em momentos de grande comoção”.

Um erro da Revolução de 1848 apontado por Lassalle foi o fato de a Nação não ter absorvido o Exército, deixando-o continuar a serviço do rei contra os interesses da Nação.

Atribui à praticidade dos reis e à retórica do povo o fato de terem os reis melhores servidores do que os tem o povo.

Após essas observações, Lassalle apresenta três conseqüências da Revolução de 1848 na Prússia:

a) A preocupação em evitar que fossem afastados os fatores reais de poder dentro do país impediu que a Assembléia Nacional organizasse a sua Constituição por escrito.

b) Com a dissolução da Assembléia Nacional Constituinte, coube ao rei proclamar a Constituição; decretou-a voluntariamente e – ainda que

de acordo, em muitos pontos, com as idéias da Assembléia Nacional – não correspondia à sua pretensão, pois não se justificava pelos fatores reais de poder de que o rei continuava a dispor.

A disparidade entre a Constituição real, efetiva, e a Constituição escrita se fez notar e acarretou várias modificações. A constituição datada de 5 de dezembro de 1848, em que o rei espontaneamente concordava com uma série de concessões, foi alterada pela Lei Eleitoral de 1848, que estabeleceu os três grupos de eleitores.

A câmara criada à raiz desta Lei Eleitoral foi o instrumento de reformas à Constituição, aproximando-a do poder real, efetivo.

c) A terceira consequência apontada por Lassalle:

“Quando uma Constituição corresponde aos fatores reais de poder que regem um país, não há necessidade de modificá-la e o respeito a que a ela se tem é natural, não é lema de um ou de outro partido político, porque ela já é respeitada e invulnerável. Se, ao contrário, não corresponder, será modificada”.

O pensamento de Lassalle pode ser assim resumido:

– os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder;

– a verdadeira constituição de um país somente tem por base os valores reais e efetivos do poder que naquele país vigem;

– as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os valores que imperam na realidade social. Uma constituição escrita pode ser boa e duradoura quando corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Caso contrário, irrompe inevitavelmente um conflito impossível de ser evitado e no qual a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá, necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do País.

3. A Constituição no pensamento de Konrad Hesse*

Konrad Hesse apresenta uma concepção que pode ser considerada como uma síntese das diversas concepções modernas de Constituição:

* As transcrições entre aspas que não são referenciadas expressamente pertencem ao texto *A Força Normativa da Constituição*.

“Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade”⁸.

Como afirmado na Introdução, Hesse completa o pensamento de Lassalle. E o faz fortalecido pela expectativa de consolidação do Direito Constitucional moderno.

Após considerar como tese fundamental da obra de Lassalle a afirmativa de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, Hesse, citando Georg Jellinek, que afirmara: “o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos, cujas forças movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”, observa que “esse pensamento não pertence ao passado”, que “a coincidência de realidade e norma constitui apenas um limite hipotético extremo” e sustenta a necessidade de uma ficção – *uma força normativa da Constituição* – como força determinante para assegurar a eficácia da Constituição jurídica, uma vez que no âmbito da Constituição “inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos”⁹.

À conclusão de Lassalle de que a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os valores reais e efetivos do poder que naquele país vigem contrapõe-se Hesse:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (...) “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com a

⁸ MIRANDA, op. cit., p. 59.

⁹ *A Força normativa da Constituição*, p. 10-12. Interessante recordar aqui as palavras do Dr. Plínio de Arruda Sampaio na 6ª Reunião Ordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Nacional Constituinte, em 27.4.1987: “Uma pessoa chegou a me sugerir que houvesse uma lei assim: Artigo tal: “Todos os artigos desta Constituição têm que ser cumpridos”. (Fonte: Dissertação de Mestrado – Itiberê de Oliveira Rodrigues. CPG-Mestrado em Direito-UFRGS). Não obstante a ausência de tal norma, as Constituições possuem mecanismos de defesa, principalmente por meio do controle da constitucionalidade das leis, principalmente após a criação de Tribunais Constitucionais que atuam como fator de fortalecimento da força normativa das constituições.

condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.

A questão da Constituição escrita é vista por Hesse da seguinte forma:

“A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*), em questões de poder (*Machtfragen*). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição”.

Há necessidade da vontade de Constituição, isto é, há necessidade da vontade de cumpri-la e de conformar a realidade com as normas nela prescritas, pois além do *ser* ela prescreve um *dever ser*.

A vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas¹⁰:

– “Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e uniforme.

– Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação).

– Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem conseqüência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo”.

Hesse enumera alguns pressupostos, “que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa”:

“Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”.

¹⁰ HESSE, op. cit., p. 19-20.

Enumera como requisito essencial da força normativa da Constituição que ela

“leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo, o que irá assegurar à Constituição o apoio e a defesa da consciência geral”.

Enquanto Lassalle entendia a sujeição da Constituição aos fatores reais de poder, Hesse assevera que a Constituição, para ser aceita, para ter eficácia, para ser legítima, deve incorporar tais elementos, “não devendo assentar-se numa *estrutura unilateral*, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social”, condicionando, no entanto, a relação entre Constituição e realidade ao efetivo cumprimento das disposições constitucionais:

“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente”.

Ressalta o valor do respeito à Constituição, o perigo da reforma constitucional e o significado decisivo da interpretação constitucional.

Quanto à *preservação da Constituição*, Hesse reforça o seu pensamento citando Walter Burckhardt (1931), para quem a vontade da Constituição

“deve ser honestamente preservada, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”.

Quanto à *reforma constitucional*, afirma Hesse:

“Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente”.

Quanto à *interpretação*, “tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”. Segundo Hesse, o princípio da ótima concretização da norma, ao qual está submetida a interpretação constitucional,

“não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa”.

Da obra de Konrad Hesse pode-se concluir, ainda, que:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e os limites à força normativa da Constituição podem ser constatados quando a ordenação constitucional não mais se basear na natureza singular do presente, não sendo possível à Constituição suprimir esses limites.

É conferido um papel de destaque à interpretação construtiva, como condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. “Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.

Atribui-se ao Direito Constitucional a tarefa de concretização da força normativa da Constituição, sobretudo porque esta não está assegurada de plano, “configurando missão que, somente em determinadas condições poderá ser realizada de forma excelente”. Conforme Hesse “a Ciência do Direito Constitucional cumpre seu mister quando envida esforços para evitar que as questões constitucionais se convertam em questões de poder”.

4. Conclusão

Após o confronto das duas obras, destaca-se que o Direito Constitucional busca, neste final de século, firmar-se como ciência, delineando o seu objeto, a se preocupar, não apenas com a organização do Estado e a distribuição dos poderes e das competências. Ela busca contribuir de forma mais direta e eficaz para o desenvolvimento do sistema jurídico, servindo-lhe de fundamento material, por meio da concretização dos princípios constitucionais, tanto pela via legislativa quanto via jurisprudencial.

Pontes de Miranda, no prólogo aos *Comentários à Constituição de 1946*¹¹, traça um perfil das Constituições do nosso século:

“No século XX, principalmente após a Grande Guerra, não é possível falar-se de Constituição, sem se lhe procurarem as causas e a função sociológica. Constituição só política, sem preocupações do problema social, que avulta cada dia, agravado por outro, que é o das relações entre os Estados de toda a Terra, é temeridade, sobre ser anacronismo. Ao mesmo tempo que se observa a tendência à fixação dos *fins da política*, obrigando à nitidez dos programas partidários, ou à própria instalação do unipartidarismo, outra tendência igualmente inevitável exige que o Estado lance as vistas por sobre todos os setores da vida social, quer se trate das forças culturais e religiosas, quer de qualquer outra atividade do homem”¹².

Uma concepção mais recente, que também merece ser transcrita, é-nos fornecida por Mauro Cappelletti:

“As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a *dizer estaticamente o que é o Direito*, a ‘dar uma ordem’ para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, *diretrizes e programas dinâmicos de ação futura*. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente,

¹¹ 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1960. v. 1, p. 15.

¹² Nessa mesma obra, à página 175, Pontes de Miranda observa que, “durante o século XIX e o começo do século XX, o direito constitucional obedecia a certos princípios que constituíam o eixo, por bem dizer, da civilização européia e americana”(…) e que “por cima e à base de tal direito, no qual era implícito o individualismo jurídico, achava-se todo um sistema de soluções facilitadoras do triunfo econômico e social dos elementos *possuidores* das populações, ou dos que a estrutura política, a educação e o próprio liberalismo manchesteriano deixavam subir à classe possuidora”. Tais observações bem demonstram o espírito individualista do século XIX e início do século XX, que se revelava pelas Constituições e que, após as duas Grandes Guerras, relativiza-se, voltando-se para uma visão mais social do Direito.

costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em *uma polémica contra o passado e em um programa de reformas em direção ao futuro*¹³.

A Constituição que se volta em direção ao futuro exige uma redação muito bem elaborada – deve conter disposições fundamentais para o estabelecimento da sociedade, de forma que a constante adaptação da norma constitucional à realidade seja feita sem ferir os princípios que lhe deram conformação. O exemplo a que se pode recorrer se encontra na Constituição Federal norte-americana de 1787, cuja supremacia tem sido afirmada, no decorrer de mais de dois séculos, período em que foi objeto de apenas vinte e uma emendas, a despeito do desenvolvimento verificado no País a que serve de estrutura.

Os mecanismos de controle e a criação de Tribunais Constitucionais se revelam como possíveis de efetuar a integração entre a norma constitucional e a realidade, expressa tanto em fatos submetidos à apreciação do Judiciário, quanto mediante o exame das normas infraconstitucionais. A “interpretação em conformidade com a Constituição” possibilita reafirmar, em cada ato praticado ou julgado, a supremacia da Constituição.

Bibliografia

- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1992.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Traducción esp. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ariel, 1976.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra : Coimbra Ed., 1991. v. 2.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1960. v. 1.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- ¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1992. p. 89.

O déficit público brasileiro

Uma perspectiva histórica do Império ao Plano Cruzado

DANIEL JARDIM PARDINI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A institucionalização do déficit orçamentário. 3. A consolidação do déficit financeiro. 4. Observações finais. 4.1. Conclusão.

1. Introdução

A relevante influência do déficit público nas condições econômicas de qualquer estrutura governamental induz os administradores públicos a disciplinarem o processo de alocação de recursos no sentido de reverter os saldos negativos de natureza orçamentária, financeira ou contábil. No caso do déficit brasileiro, entre as medidas tomadas para a diminuição de seu impacto sobre a economia, em nenhum momento do período analisado se efetivou o equilíbrio do setor público como requisito básico para a concretização dessa reversão.

O desequilíbrio das contas públicas da União, antes de ganhar a quase irreversível dimensão impelida pelo exacerbado endividamento do Estado, já era cultuado como prática constante na monarquia e na recém-instalada república. Pode-se dizer que o debate em torno do déficit influenciava e refletia na elaboração dos textos constitucionais com enfoques de variável rigidez disciplinar, até se estatuírem de fato as normas para as finanças públicas brasileiras que se consubstanciaram por meio da Lei n° 4.320/64.

No momento em que a ação desenvolvimentista tomou conta do Estado brasileiro, uma expressiva política de expansão das despesas públicas e financiamento de investimentos internos aumentou o déficit público consideravelmente. Entretanto, mesmo tendo contribuído para alavancar o desenvolvimento brasileiro, a ausência de estudos prospectivos das re-

Daniel Jardim Pardini é Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro de Minas Gerais e Analista Fazendário da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais.

percussões financeiras futuras dessa política implicou reflexos inflacionários de grande magnitude nas gestões seguintes.

Em vista disso, o déficit brasileiro passou a estar diretamente associado ao pagamento dos serviços da dívida pública, e a União, estados e municípios se tornaram altamente vulnerabilizados pelas oscilações das taxas de juros externa e interna. A flexibilidade dos limites de financiamentos para cobrirem déficits orçamentários, seja mediante a captação de recursos nos mercados interno e externo, ou por emissão de títulos, acaba dificultando o controle do endividamento do setor público.

Assim, ao avaliar o processo histórico e estrutural do déficit orçamentário brasileiro, considerar-se-á duas etapas distintas. A primeira, caracterizada por desequilíbrios orçamentários esporádicos, variando de acordo com a alternância no domínio do poder do Estado e que culmina na legitimação do financiamento de orçamentos deficitários. A segunda, marcada pela concretização financeira do déficit, oriunda do desenfreio do fluxo de capital externo para o financiamento de investimentos públicos, que se avolumou com as duas crises posteriores que assolaram o mercado financeiro internacional: a do petróleo e da elevação das taxas de juros.

2. A institucionalização do déficit orçamentário

Se formos resgatar um pouco da trajetória do déficit no Brasil, depararemos com uma cultura secular que permeia seu processo de formação, caracterizado por movimentos pendulares de representatividade do Executivo e do Legislativo. Os momentos históricos desse período foram marcados por seis promulgações de Constituições, amparadas por preceitos legais e institucionais de matéria orçamentária, com traços excludentes e autoritários da participação da sociedade.

Foi no Império que se instituiu o primeiro movimento de participação do Legislativo no processo orçamentário brasileiro. A Constituição de 1824 atribuiu à Assembléia Geral e ao Imperador a competência para fixar anualmente as despesas e receitas públicas e ao Ministro da Fazenda a elaboração do orçamento. Na prática, entretanto, a autonomia do Legislativo permanecia enfraquecida pois, constitucionalmente, era o Imperador quem convocava as seções extraordinárias de discussão e aprovação do orçamento e sancionava a lei orçamentária

apresentada pela Assembléia Geral. Assim, mesmo com os recorrentes déficits no orçamento, os parlamentares se aliavam ao Imperador para a obtenção de empréstimos externos que mantinham a elite imperial, em troca da permissão para a livre discussão das receitas orçamentárias na Assembléia Geral¹.

A primeira Constituição Republicana, datada de 1891, ampliou as prerrogativas do Legislativo, atribuindo-lhe, além da discussão e votação da proposta orçamentária, legislar sobre a dívida pública e autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos. Apesar do ensaio para democratizar o processo orçamentário, o debate dissociado das receitas e das despesas², as elevadas taxas de câmbio, a falta de estrutura arrecadadora e os pagamentos da dívida pública conduziram as contas públicas ao desequilíbrio, culminando com um déficit permanente entre os anos de 1914 e 1923.

O eminente fortalecimento do Legislativo elevou a praticidade de desvios no processo orçamentário. Por meio das chamadas “caudas orçamentárias”, os parlamentares criavam funções no governo e distribuía empregos públicos e benefícios salariais com objetivos eleitorais. O aumento do déficit público e o enorme excesso das despesas em relação às receitas, sem a aprovação de novos impostos para a cobertura dos gastos fixados, levaram o então presidente Epitácio Pessoa a vetar as despesas orçamentárias para o exercício de 1922.

O veto teve um efeito disciplinador na organização da proposta orçamentária. Imediatamente, na revisão constitucional de 1926, regulamentou-se a vinculação dos gastos à receita:

“Art. 34 – As leis de orçamento não podem conter disposição estranha à previsão da receita e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados...”

Essa orientação foi mantida pelo § 3º do art. 50 na Constituição de 1934. A Carta Magna também vedava expressamente a criação de despesas sem a atribuição das receitas necessárias (art. 183) e vinculava impostos para fins determinados a gastos exclusivos com tais fins (art. 186).

Esses dois importantes dispositivos, que serviam de referência para o equilíbrio orçamentário e para limitar a aprovação, no Congresso, de emendas com objetivos corporativistas ou

¹ ROCHA, 1994, p. 6-9.

² O processo de discussão das contas governamentais fixava as despesas antes de estimar as receitas e não considerava a efetiva capacidade do Estado em fazer frente aos gastos previstos.

clientelistas, foram excluídos do texto constitucional de 1946. Assim, na fase democrática populista até 1964, o Legislativo novamente teve um papel ativo e participante na alocação de recursos, principalmente no tocante à aprovação de verbas, já que inexistia a discussão sobre as prioridades orçamentárias.

Esse período foi o marco da ação governamental planejada, que se concretizou com a promulgação da Constituição “planejamentista”³ de 1946. Em meio à execução dos planos regionais e setoriais, de difícil identificação nas leis orçamentárias em virtude dos seus elevados níveis de dissociação com a realidade financeira do país na época, elaborava-se um projeto de regulamentação e organização das finanças públicas, que daria origem à Lei nº 4.320/64.

A “detalhista” lei orçamentária⁴ ainda vigente, apesar de consagrar alguns princípios orçamentários como a unidade, universalidade e anualidade, é ambígua ao tratar das situações de déficit, no instante em que comete exceção ao princípio da exclusividade:

“Art. 7º A Lei de Orçamento poderá conter autorização ao Executivo para:

I – abrir créditos suplementares até determinada importância, obedecidas as disposições do artigo 43; e

II – realizar, em qualquer mês do exercício financeiro, operações de crédito por antecipação da receita para atender a insuficiências de crédito por antecipação da receita para atender a insuficiências de caixa.

§ 1º Em casos de déficit, a Lei de Orçamento indicará as fontes de recursos que o Poder Executivo fica autorizado a utilizar para atender à sua cobertura.”

Segundo João Angélico, reza a regra da exclusividade que a lei orçamentária não deve con-

³ O termo se deve aos planos regionais criados na Constituição de 1946, entre outros: plano nacional do carvão, planos de colonização e aproveitamento das terras públicas, planos de defesa contra a seca do Nordeste (vinculados, no mínimo, 3% da receita tributária), plano de aproveitamento econômico do Rio São Francisco (com vinculação de 1% da receita tributária).

⁴ A Lei 4.320/64, que “estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” (art.1º), teve seu projeto apresentado ao Congresso em 1953 e suas alterações foram amplamente debatidas pelos parlamentares até 1964, quando foi aprovada e sancionada entre os últimos atos do Governo João Goulart.

ter matéria estranha à previsão da receita e à fixação da despesa. O objetivo é disciplinar o processo orçamentário, impedindo a aprovação de medidas emergenciais, que em tramitação regular certamente não obteriam êxito⁵.

É notável, na redação da lei, a preocupação em se cobrir possíveis diferenças dos saldos negativos entre receitas e despesas com os positivos acima citados. Teria sido edificante se a legislação tivesse instituído restrições ao desequilíbrio orçamentário, ao invés de buscar soluções para os problemas de caixa. Como bem lembrado por Teixeira Machado, “é bom que se diga que, por princípio, as leis orçamentárias não devem aprovar orçamentos deficitários”⁶.

Um outro aspecto a ser considerado é a excessiva centralização das receitas tributárias na União à época. A reforma institucional, adicionada à ampliação do controle federal sobre fluxos financeiros intergovernamentais, impôs aos estados o endividamento como fonte complementar de recursos, facilitando o acesso ao crédito⁷. Assim, instituiu-se o endividamento não apenas como instrumento de política fiscal e monetária, mas também como importante fonte de financiamento para o governo.

3. A consolidação do déficit financeiro

O segundo período é caracterizado pelo aumento da dimensão estrutural do déficit que consolidou o desequilíbrio financeiro do setor público brasileiro. O crescente desalinhamento das contas nacionais foi-se materializando à medida que o setor público não-financeiro e as autoridades monetárias assumiam novos financiamentos externos.

A partir dos anos 70, precisamente depois do primeiro choque do petróleo, com as freqüentes ameaças de déficit no balanço de pagamentos, a política econômica do governo brasileiro foi conduzida para a captação de recursos externos, com o intuito de cobrir as deficitárias transações econômicas com as outras nações do mundo.

Adotava-se uma política que requeria formas de induzir o financiamento dos investimentos estatais mediante recursos externos, independentemente da real necessidade de divisas envolvidas nesses investimentos. O que se esperava é que a médio prazo se consolidasse o retorno financeiro, gerado por receitas suficientes para o pagamento dos empréstimos tomados.

⁵ ANGÉLICO, 1995, p.40-41.

⁶ MACHADO JR., 1995, p.23.

⁷ ALMEIDA, 1996, p. 9.

Com uma poupança interna insuficiente para atender a demanda dos recursos traçados nos planos nacionais de desenvolvimento, o governo incentivava a utilização de recursos externos em programas de desenvolvimento. A elevada liquidez do mercado financeiro internacional, que oferecia baixas taxas de juros flutuantes, viabilizou assim a entrada de grandes volumes de capital estrangeiro para se iniciarem inúmeros projetos de grande porte nos setores energético, petrolífero, siderúrgico, mineral, de comunicação, viário, etc. A abundância de recursos financeiros para a consolidação desses investimentos coincide com o aumento real de verbas identificado na política orçamentária brasileira, qualificada de incremental após 1967.

Mesmo com o elevado grau de autoritarismo existente e com a completa falta de planejamento que comportava projetos de retorno duvidoso e inadequados às necessidades brasileiras, até 1975 o governo conseguia manter os investimentos no patamar de 4% do PIB. Esses investimentos, na falta de recursos internos para concretizá-los, eram complementados por financiamentos externos, o que caracterizava a natureza do déficit público como sendo de demanda⁸.

Em 1979, a artificial estabilidade do mercado financeiro internacional foi quebrada com a súbita elevação das taxas de juros internacionais. As taxas flutuantes pularam de 8 para 12% e posteriormente para 20%, provocando um aumento no nível de inflação e queda de crescimento internacional. Os países menos desenvolvidos e detentores de elevadas dívidas externas foram os mais afetados, entre eles o Brasil, que ficou completamente vulnerável às exigências dos credores internacionais. Iniciava-se aqui uma substancial alteração da composição da estrutura do déficit, que passou a ter um perfil eminentemente financeiro.

Após a disparada dos juros, o recém-assumido secretário do planejamento Delfim Netto, objetivando de uma só vez conter o processo inflacionário, acelerar o crescimento da atividade produtiva e gerar superávits comerciais, implementou o experimento ortodoxo. As medidas adotadas foram a maxidesvalorização cambial em 30%, a pré-fixação das correções monetária e cambial para todo o ano de 1980 e a adoção do controle de preços. No entanto, a escalada inflacionária, a desintermediação financeira devido aos atrasos das correções estimadas e a desenfreada especulação com estoques contribuíram decisivamente para o fracasso da estratégia.

⁸ LOZARDO, 1987, p.52-53.

Como revela Paulo Oscar França, o choque financeiro pegou a maioria das obras que compunham a mencionada gama de projetos para o desenvolvimento brasileiro em plena execução, com um risco de astronômicos prejuízos se fossem paralisadas⁹. Dando continuidade ao cronograma estabelecido para esses projetos, as autoridades econômicas continuaram a captar financiamentos, o que gerou um maior acúmulo do endividamento, agravando-se ainda mais as condições para uma estabilização econômica.

Com o diagnóstico em mão de que as possíveis causas da inflação estavam na demanda excessiva, as autoridades econômicas voltaram-se para o combate ao déficit público¹⁰. O déficit chegava em seu limite de crescimento em relação ao produto e o nível das reservas internacionais eram insuficientes para cobrir a conta no balanço de pagamentos, não restando outra alternativa ao governo a não ser adotar políticas monetária e fiscal contractionistas para o ano de 1981.

Entre as medidas ortodoxas implementadas, o governo federal, visando à redução do déficit público, desvalorizou a moeda acima da taxa de inflação interna, cortou gastos e investimentos públicos, criou novos impostos, instituiu o empréstimo compulsório e aumentou várias alíquotas entre 1980 e 1983. Nesse primeiro ajustamento voluntário¹¹, as diretrizes da política econômica passaram a ser pré-condição à cessão de crédito pelos banqueiros internacionais. O desaquecimento do consumo interno equilibraria as contas comerciais e facilitaria o fluxo de recursos para o refinanciamento do estoque da dívida e seus encargos.

O que se viu, entretanto, no primeiro ano de implementação voluntária da política econômica do FMI, foi uma recessão aguda, com custos sociais elevados, refletidos em decréscimos da ordem de 9,4% na produção industrial, 3,3% do PIB e 12,1% de ocupação pessoal nas indústrias no ano de 1981, em relação a 1980. No tocante à política financeira, o governo teve que dividir-se internamente, aumentando a dívida pública federal nas formas de emissão de papel moeda e de colocação de títulos públicos federais no mercado, expandindo violentamente a base monetária.

⁹ FRANÇA, 1987, p.131.

¹⁰ A variação do IGP-DI fechava o ano de 1980 em 110,3%, com clara tendência à aceleração nos últimos meses do ano.

¹¹ Voluntário se refere ao fato de não ter havido um acordo formal com o Fundo Monetário Internacional.

Sendo 1982 um ano eleitoral, a política econômica governamental foi conduzida, notoriamente, de forma contraditória às necessidades de retração das despesas. Diante de um quadro de definitiva ruptura com o setor de financiamento externo e objetivando reduzir essa vulnerabilidade, o governo promovia o aumento dos níveis de atividade, estimulando setores prioritários como álcool, exportações e agricultura, mediante linhas de crédito, subsídios e incentivos fiscais que requeriam pesadas alocações orçamentárias. De acordo com Biasoto Jr., na realidade, a conjugação dessas metas só seria possível com a redução de outros elementos do orçamento monetário e a efetivação de elevadíssimas transferências de recursos a partir do orçamento fiscal¹².

A indisponibilidade dos recursos externos, acarretada pelos níveis suicidas dos juros, impossibilitou as estatais de continuarem a refinar os compromissos de suas dívidas com

a comunidade internacional financeira. Coube, então, ao governo federal assumir a responsabilidade para absorver e saldar os pagamentos vinculados dos financiamentos contraídos, colaborando para um crescimento da dívida interna fortemente atrelado às necessidades de honrar os serviços da dívida externa. Esse drástico panorama de redução da oferta do crédito externo, a partir de 1982, transparece no quadro de debilidade ao qual estavam submetidas não só as empresas estatais, como também estados e municípios com elevado endividamento em moeda estrangeira¹³.

Sem os recursos próprios suficientes para financiar a expansão dos investimentos, o setor público estadual e municipal passou a ter nos bancos e agências oficiais federais a alternativa preferencial de financiamento. Isso, como demonstrado na Tabela 1, fez aumentar consideravelmente o aval da União nos empréstimos contraídos por esses governos, no período de 1982 a 1985¹⁴.

TABELA 1

Dívida externa registrada dos governos estaduais e municipais de 1982 a 1985

Em US\$ milhões

Período	Contratos Diretos	Com Aval da União	Dívida* Est. Munic. (Débitos e Avais)	Em %	
				Dívida Pública	Dívida Total
Dezembro 1982	350,4	2.668,0	3.152,6	6,7	4,5
Dezembro 1983	414,8	2.780,5	3.258,3	5,4	4,0
Dezembro 1984	359,8	3.411,8	3.836,5	5,3	4,2
Dezembro 1985	304,3	4.835,1	5.175,7	6,6	5,4

Fonte: Boletim do BACEN *apud* REZENDE & AFONSO

*Nota: inclui dívida contratada diretamente, dívida do setor privado avalizada por estes governos, dívida avalizada pelo governo federal e pela administração indireta, e dívida da administração indireta avalizada por estes governos.

¹² Realmente um dos poucos pontos positivos nesse período foram os resultados advindos da política monetária do governo. As operações da área cambial e a transferência de recursos do orçamento fiscal para as autoridades monetárias contribuíram significativamente para a contração da base monetária, resultando em uma pressão expansionista de 7,7%, com o resgate líquido dos títulos do governo atingindo Cr\$ 217 bilhões. Ver BIASOTO JÚNIOR, 1992, p. 69-70.

¹³ LUNDBERG, CASTRO, 1987, p. 76.

¹⁴ De acordo com REZENDE, Fernando, AFONSO, José Roberto. *O (des)controle...* (1988), uma das contribuições para a expansão do endividamento era a existência da disfarçada (sic) transferência tributária federal, que vinculava a aplicação, pelo governo local, em determinados setores, às facilidades para a obtenção de empréstimos com a garantia destas cotas-partes, em um explícito deslocamento do poder decisório dos investimentos.

Suspensos os financiamentos voluntários, não restou outra saída ao governo central a não ser negociar a entrada de divisas com a comunidade financeira internacional, em especial novamente com o Fundo Monetário Internacional. Em 1983 e 1984, eram diversas as modalidades de operações financeiras realizadas: novos empréstimos, renovações de amortizações, linhas comerciais de curto prazo e linhas interbancárias de bancos brasileiros no exterior. Para compensar o crédito externo concedido, o FMI monitoraria a política econômica brasileira.

A principal meta delineada em comum acordo com o Fundo intencionava a redução do déficit em transações correntes a um nível condizente com o novo patamar de disponibilidade de crédito externo. A viabilização de tal alvo se daria aumentando as exportações em 9,5% e diminuindo as importações em 17,1%, propiciando-se, assim, um superávit comercial aproximado de US\$ 6,0 bilhões. A mesma carta de intenções estabelecia um conjunto de políticas fiscais e monetárias altamente recessivas (estava

prevista uma queda de 3,5% do PIB no ano de 1983) para a contenção da inflação, que havia atingido a casa de três dígitos ao final de 1982.

De fato a grande meta da política econômica foi plenamente alcançada: o superávit comercial chegou a US\$ 6,47 bilhões. Mas, o critério de desempenho do FMI para a avaliação da demanda por novos empréstimos para a cobertura de déficits dos países-membros, a Necessidade de Financiamento do Setor Público (NFSP), teve que passar por uma substancial alteração, por melhor dizer, interpretação metodológica. Para uma melhor compreensão dessa situação, tratemos antes da concepção dessa metodologia.

A NFSP apurada expressa em que medida os empréstimos tomados pelo setor público limitam o acesso do setor privado aos recursos disponíveis na economia para a concessão de financiamentos. Ao mesmo tempo, a sua apuração, conforme exemplificado no Quadro 1, expressa a situação das contas e o valor da variação da dívida líquida de um determinado setor público, num certo período de tempo.

QUADRO 1

Demonstração da apuração da NFSP – Necessidades de Financiamento do Governo Federal

Em R\$ bilhões

<i>Discriminação</i>	<i>Valor</i>
1. Receita Total	177,2
a. Receita Tributária + Receita de Contribuições	117,6
b. Receita vinculada à Previdência Social	46,2
c. Receitas Diretamente Arrecadadas	6,4
d. Outros Recursos do Tesouro	0,2
e. Recursos de Outras Fontes	6,8
2. Despesa Total	170,5
a. Pessoal e Encargos Sociais	45,1
b. Benefícios Previdenciários	46,3
c. Vinculações Constitucionais*	35,5
d. Outras Despesas de Custeio e Capital**	43,6
3. Resultado Primário (1-2)	+ 6,7
4. Juros Reais e Encargos da Dívida	15,5
5. Resultado Operacional (3-4)	- 8,8
6. Correção Monetária embutida nos Juros Nominais***	0,8
7. Resultado Nominal (5-6)	-9,6

Fonte: Mensagem Presidencial de encaminhamento do Projeto de Orçamento para 1997 *apud* SANCHES, 1997.

Notas: (*) Já deduzidas as parcelas relativas aos ajustes do FAT.

(**) Não incluídos Juros Reais e já deduzida parcela de ajuste do "FLOAT".

(***) Valor estimado para efeito de montagem deste demonstrativo.

Uma análise dos resultados no Brasil demonstra que o déficit nominal, que não leva em conta a correção monetária embutida nos juros, estava bastante associado às taxas de inflação. A justificativa para tal afirmação pode ser exemplificada na tentativa de cumprimento do programa de ajustamento acertado entre o governo brasileiro e o FMI para os exercícios de 1982 e 1983.

O governo, demonstrando aos credores o compromisso com o ajustamento externo, maxidesvalorizou a moeda e redimensionou a taxa esperada da inflação para 90%, estourando a meta em termos nominais da NFSP para o primeiro trimestre de 1983 em Cr\$ 1,5 trilhão. Em virtude desse déficit nominal, o FMI suspendeu a segunda remessa de recursos, obrigando as autoridades econômicas brasileiras a realizarem intensas negociações com o Fundo para discutirem novas metas com mais realismo. Reconhecendo a influência do processo inflacionário sobre as dívidas do setor público em uma economia indexada, o resultado operacional, descontando as correções monetária e cambial, passou a ser considerado o principal instrumento de avaliação do setor público.

Bresser Pereira e Fernando Dall'Acqua utilizam a experiência brasileira de ajustamento entre 1982/84 para ilustrar o argumento de que o impacto da política fiscal sobre a demanda agregada depende da composição (financeira/não financeira) do déficit público. Nesse período, a política adotada reduziu os gastos públicos e aumentou a receita tributária em tal ordem que o déficit não-financeiro foi praticamente zerado em 1984. Apesar disso, o déficit financeiro não cedia porque os serviços da dívida aumentavam com a elevação das taxas de juros, inibindo assim o caráter expansionista da política fiscal.

Nessas condições, os dois economistas enfocam que a redução do déficit público em um quadro econômico recessivo "torna-se uma tarefa contraditória". Se, por um lado, faz-se necessário aumentar a despesa pública de custeio e investimento para motivar a economia deprimida, de outro, é preciso diminuir o déficit não-financeiro visando reduzir a taxa de juros interna para que os investimentos sejam retomados. Esse foi o dilema que a economia brasileira enfrentava no final de 1984¹⁵.

Em 1983, acerca das previsões pré-estabelecidas, o PIB havia caído 2,5% e a produção industrial decrescido 5,7%. A política fiscal para 1984 seria caracterizada por um severo corte de

gastos, combinado com uma ascendente recuperação de receitas, tendo por fim a diminuição do déficit operacional do setor público em 3% do PIB. Na concepção do FMI, o controle monetário deve ser realizado por meio de crédito interno líquido, e a pretensão era que o setor público gerasse um superávit operacional de 0,3% do PIB e um déficit nominal de 9% na mesma relação para 1984. O governo então exerceria a política de contenção monetária, cortando subsídios e, sobretudo, transferindo recursos do Orçamento Geral da União para as autoridades monetárias, optando pela expansão da base monetária e dos meios de pagamento, como forma de conter o processo inflacionário.

Novamente, o governo, atrelado a corrigir e assumir os compromissos com o FMI, teve que rever sua política econômica. As metas monetárias combinadas para o primeiro trimestre de 1984 consistiam em um aumento da base monetária em até 2% e uma contração dos meios de pagamentos em 3,8%. Com as freqüentes intervenções do Banco Central no mercado financeiro injetando recursos no *overnight* de Cr\$ 1 a 2 trilhões diariamente, o governo buscava retomar o controle das taxas das ORTN cambiais desaguadas no mercado em outubro de 1983¹⁶. Esse descontrole monetário refletiu drasticamente nos resultados de abril, que comprometeram mais uma vez os acordos com o Fundo: a base monetária e os meios de pagamento cresceram respectivamente 19,1% e 15,2%.

Na 5ª Carta de Intenções com o FMI, o superávit de 0,3% do PIB para o ano de 1984 foi reiterado e a meta anual para o déficit nominal foi elevada, devido à inflação, em até 13% do PIB. Uma das fórmulas utilizadas pelo governo para tentar atingir esses objetivos foi o estreitamento da oferta de crédito, restringindo empréstimos ao setor privado e impondo rígidos tetos mensais de endividamento para as entidades públicas junto às instituições financeiras. Essas medidas contribuíram para a contenção do crescimento do crédito e para a redução dos gastos públicos no primeiro semestre; entretanto, não resolveram os problemas da política monetária. Em função da troca de governo em março do ano seguinte, o mercado financeiro vivenciou, nos últimos meses do ano, total incerteza com relação ao tratamento que seria dado à dívida pública. Diante dessa situação, todas as taxas de juros aumentaram, proporcionando, ao final de 1984, um incremento real do saldo da

¹⁵ PEREIRA, DALL'ACQUA, 1987, p. 23.

¹⁶ Sobre o fracasso do choque monetário e fiscal do início de 1984, ver BIASOTO JR., 1992, p. 89-96.

dívida pública federal junto ao público de 68,2%, em relação a dezembro de 1983.

Mais uma vez, infringiam-se os índices operacionais e nominais pactuados. Os resultados de 1984 contrariaram quase todas as previsões dos analistas econômicos: o PIB teve um crescimento real de 5,7%, o déficit operacional foi de 3,1% sobre o PIB, e o nominal, acompanhado de uma inflação anual de 215,3%, atingiu 23,6% do PIB. Em compensação, a Nova República, capitaneada por Francisco Dornelles e sua hegemônica equipe econômica, herdava do governo anterior um superávit comercial de US\$ 13,1 bilhões, alavancado por um firme crescimento da produção industrial e das vendas externas.

A grande vilã era de fato a inflação. Em um contexto de elevado endividamento público e inflação superior a 200% a.a., os juros nominais tendem a crescer em proporção muito superior aos da receita do governo. Isso explica o insucesso da política ortodoxa contracionista do governo em 1985 para fazer frente ao enorme déficit de caixa estimado. O aumento da receita, a elevação da dívida, o corte de gastos e a emissão de moeda não surtiram os efeitos imediatos esperados, e os resultados de 1985 mostravam que o déficit nominal estava integralmente relacionado às altas taxas inflacionárias. Mesmo com um crescimento real de 17,5% da receita tributária e de 8,3% do PIB, o déficit nominal alcançou 27,5% do PIB e a inflação chegou a 242,2% no final do ano.

Entre os conceitos do déficit nominal e operacional, provou-se que ambos são de suma importância. Para que as taxas de juros no mercado livre não fiquem sob a pressão do giro dos títulos governamentais, é preciso não só reduzir o déficit operacional, como também o déficit nominal¹⁷. Nesse contexto, são essenciais medidas que baixem o índice inflacionário, para que o controle do déficit público atue como um dos pontos-chaves no processo de estabilização.

Entre 1985 e 1986, o déficit público foi mantido praticamente constante em torno de 4,5% do PIB. A partir de setembro/85, após o Plano Cruzado, a monetização do déficit público permitiu uma substancial redução nos encargos financeiros associados à dívida pública. Essa redução, no entanto, foi compensada por um aumento nos gastos públicos¹⁸.

¹⁷ FRANÇA, op. cit., p. 130.

¹⁸ PEREIRA, DALL'ACQUA, op. cit., p. 28.

4. Observações finais

Do período de formação efetiva do déficit financeiro, pode-se concluir, pelo quadro sintético que ilustra a fase ora citada (Quadro 2), que as profilaxias utilizadas pelas autoridades econômicas para combaterem os sintomas internos da economia brasileira, oriundos de crises e eventos externos, apenas contribuíram para aumentar os índices da inflação e da dívida pública.

A flutuação da moeda no ritmo inflacionário expande os fundos disponíveis do orçamento público, no sentido de poder fornecer o volume projetado do nível de atividade econômica. Conhecida a extensão da inesperada mudança de preços, os orçamentistas, exaurindo os recursos em necessidades imediatas, perdem o controle financeiro, fazendo flutuar desenfreadamente o orçamento em termos de caixa. A orçamentação por volume como forma de indexação demonstra ser contraprodutiva no combate à inflação, pelo fato de acomodar o aumento de preços antes de encorajar o empenho para baixá-los. Indexar os benefícios contra a escalada inflacionária também torna-se contraproducente, no momento em que, para os contemplados com a correção dos preços, inexistente qualquer motivação para deter a inflação¹⁹.

Porém, vale lembrar que, em uma situação inversa de desindexação da economia, como ocorrido no Plano Cruzado, a previsão orçamentária com taxas de inflação desprezíveis não surtiu o efeito esperado, em face da crescente elevação das contas de gasto público. O déficit público foi retomado, atuando como inibidor dos investimentos e principal causador de altas taxas inflacionárias e de desemprego. Semelhante dificuldade foi vivenciada pelas finanças públicas estaduais, quando da implementação do Plano Real. Apesar de o recuo dos preços ter provocado forte incremento nas receitas, as despesas reais custaram a se acomodar frente a corrosão inflacionária das despesas nominais²⁰.

Pouca eficácia tem também a política de desvalorização cambial na reversão do déficit financeiro. Diante de uma estrutura do déficit público onde a dívida externa tem um peso significativo, esse mecanismo que busca elevar a competitividade dos produtos de exportação compromete a estabilidade dos preços, não assegura o crescimento das reservas internacionais e tampouco elimina o déficit²¹.

¹⁹ WILDAVSKY, 1988, p. 412-413.

²⁰ ALMEIDA, op. cit., p. 34.

²¹ LOZARDO, op. cit., p. 42.

QUADRO 2

Relação entre as medidas econômicas tomadas e resultados obtidos perante os ambientes externos que influenciaram a economia brasileira de 1973 a 1986

<i>Ambiente externo</i>	<i>Sintoma interno</i>	<i>Diagnóstico adotado</i>	<i>Resultados</i>
1. Choque do petróleo	Déficit no balanço de pagamentos	Captação de financiamentos externos	Endividamento, aumento de investimentos
2. Aumento da taxa de juros	Inflação e queda de crescimento econômico interno	Maxidesvalorização, controle de preços, pré-fixação de taxas financeira e cambial	Aumento da inflação, especulação de estoques, desintermediação financeira
3. Choque financeiro	Ameaça de paralisação de obras iniciadas	Captação de financiamentos	Aumento do endividamento
4. Aumento do déficit das nações	Diminuição das reservas internacionais	Desvalorização cambial, corte em investimentos, instituição de novos impostos	Recessão aguda
5. Fechamento do mercado internacional de crédito	Abertura de financiamentos internos	Política (eleitoral) para aumentar o nível de atividade econômica via concessão de subsídios	Federalização da dívida externa das estatais, aumento da dívida interna
6. Socorro do FMI aos países endividados	Aumento do aval da União frente às dívidas estaduais e municipais	* Aumento das exportações, diminuição das importações, política monetária e fiscal recessiva	Superávit comercial, diminuição do déficit financeiro, inflação, aumento do déficit nominal
7. Monitoramento do FMI	Elevado déficit nominal	Política de contenção monetária mediante a restrição de crédito aos setores privado e público	Aumentos nas taxas de juros, inflação, dívida pública e déficit nominal

Nota: * Medidas tomadas em comum acordo com o FMI

4.1 Conclusão

A constatação clara que se tem é que, praticamente, a totalidade do déficit público brasileiro deriva, na sua essência, da política de administração da dívida pública. Os reflexos dos altos custos do giro da dívida são sentidos na política orçamentária voltada para a contenção dos déficits. Com isso, a União, principal personagem a assumir as astronômicas cifras devedoras, acaba impelida em priorizar a alocação de recursos no pagamento dos serviços da dívida, em detrimento a outras despesas classificadas sob o mesmo enfoque econômico.

Enquanto persiste o compromisso de quitar os encargos dos empréstimos contraídos, o déficit financeiro tem uma relação direta com o

processo decisório orçamentário. Nesse sentido, a coordenação da diminuição de gastos e a fixação de regras de compensação são instrumentos básicos para a consolidação de um ajuste fiscal efetivo. A priorização da redução dos gastos do governo combinada com medidas para reduzir o déficit passam a ser fundamentais para uma estabilização duradoura da economia.

A composição estrutural do déficit leva a crer que o nível de vinculação dos gastos do setor público está diretamente relacionado com o montante dos encargos financeiros da dívida. No caso brasileiro, seria providencial para a reversão desse cenário a diminuição do peso da dívida pública sobre o déficit público atrelada a um sério ajuste fiscal. Entretanto, o aumento do componente de endividamento faz elevar subs-

tancialmente as despesas de natureza financeira em detrimento a gastos com o setor público e investimentos.

Bibliografia

- ALMEIDA, Anna O. *Evolução e crise da dívida pública estadual*. Brasília : IPEA, 1996. 49 p. Texto para discussão.
- ANGÉLICO, João. *Contabilidade pública*. 8. ed. Rio de Janeiro : Atlas, 1995. 271 p.
- BIASOTO JR., Geraldo. *Dívida externa e déficit público*. Brasília : IPEA, 1992. 214 p.
- PEREIRA, L. C. Bresser, DALL'ACQUA, F. A composição financeira do déficit público. In: LOZARDO, Ernesto (Org.). *Déficit público brasileiro : política econômica e ajuste estrutural*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987. p.15-31.
- FRANÇA, Paulo O. Déficit público e política econômica. In: LOZARDO, Ernesto (Org.). *Déficit público brasileiro : política econômica e ajuste estrutural*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987. p.129-145.
- LOZARDO, Ernesto (Org.). *Déficit público brasileiro : política econômica e ajuste estrutural*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987. p. 33-54: Déficit público e política cambial.
- LUNDBERG, Eduardo, CASTRO, Antonio L.P. Desequilíbrio do setor público e seu impacto sobre o orçamento monetário. In: LOZARDO, Ernesto (Org.). *Déficit público brasileiro : política econômica e ajuste estrutural*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987. p. 69-98.
- MACHADO JR., Teixeira J., REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4.320 comentada*. 26. ed. Rio de Janeiro : IBAM, 1995. 378 p.
- REZENDE, F., AFONSO, J. R. O (des)controle do endividamento de estados e municípios: análise crítica das normas vigentes e propostas de reforma. In: WORKSHOP PARA CAPACITAÇÃO DE ASSESSORES E ESPECIALISTAS EM ELABORAÇÃO DE PLANOS ESTADUAIS DE GOVERNO, 1987, Brasília. *Palestras...* Rio de Janeiro : IPEA, 1988.
- ROCHA, Paulo Eduardo N. M. *O processo orçamentário no Brasil : racionalização e autoritarismo*. Brasília : Diretoria de Estudos e Pesquisas da Escola Nacional de Administração Pública, 1994. 25 p. Relatório
- SANCHES, Oswaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília : Prisma, 1997. 295 p.
- WILDAVSKY, Aaron. *The new politics of the budgetary process*. Boston : Little Brown, 1988. 468 p.

A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969

BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Constituição de 1824. 3. Constituição de 1891. 4. Constituição de 1934. 5. Constituição de 1937. 6. Constituição de 1946. 7. Constituição de 1969.

1. Introdução

Estudar a proteção destinada às crianças, que procede da própria evolução dos direitos humanos, é uma obrigação social e, por que não dizer, uma obrigação jurídica.

O ser criança já não é mais uma passagem provisória para se alcançar o *status* de adulto. Já não se concebe a criança sujeita ao poder exclusivo e ilimitado do pátrio poder. Hoje, a criança é um sujeito de direitos, não um mero objeto de ações governamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, consigna no seu art. 2º que “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa de até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Todavia, no decorrer do trabalho, faço referência apenas à criança. Assinalo minha posição amparando-me na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto nº 99.710/90, que, na parte I, art. 1º, assim enuncia:

“Para efeito da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

Considero que uma análise das Constituições deve preceder o estudo do tema, pois que, por meio dela, será possível acompanhar a

Bernardo Leônico Moura Coelho é Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, ex-Professor de Direito do Trabalho da Universidade Estadual de Ponta Grossa e Fiscal do Trabalho em Campinas/SP.

evolução do direito social dentro do ordenamento jurídico. Assim, mediante este estudo, procedo a uma análise histórica das Constituições, situando-as no desenvolvimento do direito social.

Também, dentro da análise da proteção à criança, empreendo um estudo de alguns temas do Direito Constitucional, que não passam desapercibidos, tais como:

1 - o valor jurídico dos preâmbulos nas Constituições;

2 - as declarações de direitos e garantias;

3 - a inclusão do capítulo “Da Ordem Econômica e Social”;

4 - a validade da Constituição de 1937;

5 - normas fundamentais, princípios e diretrizes constitucionais.

Esta análise terá como marco inicial a Constituição de 1824, na qual não há qualquer referência às crianças, estendendo-se até a Constituição de 1969.

Não está incluída a análise da vigente Constituição Federal, pois que a nossa intenção é traçar um paralelo da linha seguida pelo legislador até 1988, quando houve a opção brasileira em seguir a orientação da doutrina da proteção integral, consagrada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Podemos distinguir três correntes que justificam a proteção destinada à criança, a saber:

a – doutrina da proteção integral, partindo dos Direitos da Criança reconhecidos pela ONU, na qual a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais;

b – doutrina do Direito Penal do “Menor”, pela qual o direito só se ocupa do “menor” a partir do momento em que pratique um ato de delinquência;

c – doutrina intermediária da situação irregular, em que os “menores” são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente.

Notaremos que, até a Constituição de 1969, a criança não era tratada como sujeito de direitos, sendo seguida a teoria da situação irregular, contida no Código de Menores, tendência essa rompida com a Constituição de 1988 e complementada com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Adoto posicionamento preconizado pela ONU, de proteção integral à criança, e como

linha teórica de base, para a análise dessa proteção, aquela descrita por Mendizábal Oses, que se encontra consubstanciada na “necessidade subjetiva”.

Esse conceito é basilar para a estruturação do Direito da Criança, e será ela conceituada como sendo:

[...] la figura que fundamenta la existencia de un mandato jurídico que directamente capacita a los menores para poder recibir cuanto necesitan para que el proceso evolutivo de su personalidad se desarrolle de forma armónica e integral¹.

A necessidade subjetiva nada mais é do que aquilo de que a criança não pode prescindir para que tenha condições de desenvolvimento, desvinculando-se dos conceitos de faculdade e de direito subjetivo².

Seu conceito não é somente um elemento ideológico, porque, por meio dele, é possível interpretar, com maiores garantias de acerto, a ampla série de fatos que, referidos às crianças, não de ser apreciados e valorados juridicamente.

Para tornar a “necessidade subjetiva” numa realidade concreta, surge junto dela a “carga”, que é a imposição de dar-lhe a satisfação, devendo ser a atitude um fiel reflexo do mandato legal.

Após essas considerações preliminares, passaremos à análise das Constituições.

2. Constituição de 1824

Nasce a primeira Constituição brasileira, outorgada em 25 de março de 1824, marcada pelo símbolo do despotismo. Após a instalação da constituinte, o Imperador Pedro I dissolveu-a, temendo que se realizasse uma Constituição que limitasse seus poderes. Os grandes nomes dessa Constituinte foram presos e deportados, e eram uma concentração do que a inteligência da América tinha de mais alto, comparável à geração da Independência norte-americana.

Nesse momento de nascedouro do constitucionalismo brasileiro, o Império brasileiro mantinha uma estrutura ideológica e constitucional repousada, em quase toda sua longa existência, na infra-estrutura econômica do monopólio latifundiário e na técnica do trabalho escravo³.

¹ MENDIZÁBAL OSES, Luís. *Derecho de menores*, p. 119.

² *Ibid.*, p. 118

³ FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais de Direito Constitucional Moderno*, p. 68.

O maior elemento caracterizador dessa Constituição é a presença de um quarto poder – o Moderador – exercido pelo monarca, com vastas atribuições, exercendo controle mesmo sobre os demais poderes. Era assim refutada a tradicional divisão tripartida descrita por Montesquieu.

Não se encontra, em seu bojo, qualquer referência à proteção da criança, ou mesmo da adolescência. Há apenas um título – o oitavo – dedicado às disposições gerais, garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

Verifica-se, no art. 179, a enumeração dos direitos dos cidadãos, pois que foi

“[...] profundamente animado pelas idéias liberais e pelo constitucionalismo, inseriu normas casuísticas, promovendo os direitos fundamentais do homem dentro da categoria de bens jurídicos, mas pouco instituiu eficazmente para a sua proteção”.

No inciso XXXII do mesmo artigo, acha-se a única norma constitucional aplicável às crianças. Não se trata, por certo, de uma norma dirigida apenas às crianças. Não fez o mesmo das constituições posteriores, como a de 1937, ao prescrever, no art. 130, “o ensino primário gratuito e obrigatório”, instituindo pois o ensino primário como gratuito, embora não lhe impusesse a sanção no caso do seu não-cumprimento.

No entender de Bonavides, na declaração de direitos do art. 179 da Constituição do Império, focaliza-se o primeiro germe do direito social no constitucionalismo brasileiro⁵.

Mas, no dizer de Faoro, esta constituição era “puramente nominal, incapaz de disciplinar, coordenar, imperar, ideal teórico de uma realidade estranha à doutrina e rebelde à ideologia política importada⁶, pois que instituiu a gratuidade do ensino, mas não dava meios para que se assegurasse o ensino a todos os cidadãos. O que havia era uma total marginalização dos trabalhadores escravos e livres. Constata-se que, no tempo do Império, o contingente de analfabetos era muito grande, algo próximo a 83%, para uma população de pouco mais de quatorze milhões de pessoas.

⁴ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas*, p. 1.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *A crise política brasileira*, p. 31.

⁶ FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. v. 1, p. 291.

Convém lembrar, também, que nem todas as pessoas eram cidadãos para o Império, apesar da norma do art. 6º da Constituição, pois que, no regime escravocrata, os escravos eram tidos como bens, que enriqueciam os senhores de terras, não gozando de proteção alguma.

Há ainda a figura do voto censitário, que assegurava a estabilidade da monarquia e dos interesses da classe dominante; por meio desse artifício, conseguia-se evitar que a classe socialmente privilegiada perdesse algumas de suas prerrogativas.

Outro fato para ilustrar a não-aplicação do princípio é que, no tempo do Império apenas aos alfabetizados era facultado o direito de voto, sendo que, em 1891, somente 1% da população era alfabetizada⁷.

Foi, então, uma norma que não chegou a afirmar-se na estrutura jurídico-constitucional do Estado.

Temos ainda que, no Império brasileiro, a questão da proteção à criança passou despercebida, sem que houvesse qualquer tentativa de dar-lhe um maior amparo.

Esse fato talvez seja explicado pela proteção dos direitos e garantias individuais, colocados como último capítulo da Constituição, juntamente com as disposições gerais. Esta análise topográfica da Constituição retrata bem o aspecto secundário que lhe era devotado.

De mérito, houve, para os direitos individuais, a inserção, na norma do art. 178, de preceito que distinguia as normas constitucionais das meramente ordinárias. Tais direitos foram colocados ao lado dos limites e atribuições dos Poderes Políticos e Direitos Políticos, necessitando de confusas e emaranhadas regras, contidas nos arts. 173 a 177, para sua alteração. Colocados num plano inferior dentro da Constituição, pelo menos lhes foi dada certa estabilidade com esta norma.

Houve, porém, uma evolução, a partir do momento em que,

“[...] dentro da constituição do império, as idéias que surgiram com o liberalismo clássico de autonomia individual, dentro do mecanismo de prática e de aplicação da Constituição, foram evoluindo para a liberdade de participação⁸”.

⁷ *Ibid.*, p. 39.

⁸ MARINHO, Josaphat. Análise da Constituição de 1981. In: *O pensamento constitucional brasileiro*, p. 28.

3. Constituição de 1891

A queda do Império se deu pela mesma classe que o apoiava, pois que se sentiu atraída com a abolição, numa época de crise da lavoura do açúcar, que constituía o grande sustentáculo da economia brasileira imperial.

“A revolução republicana de 1889 reflete a crise econômica que provocou o ocaso do império. O *bouleversement* da economia agrária, impulsionada pela abolição, viu desagregar as pilastras em que se assentava a nação, de sorte que a aristocracia rural, sentindo-se espoliada no seu direito sobre a propriedade escrava, engrossou as fileiras do partido republicano. A crise do açúcar, que era, pouco antes da República, a alavanca propulsora da economia nacional, e a emancipação da escravatura, tudo isso amalgamando com os entrechoques da monarquia contra o exército e o clero, vieram destarte esculpir nova forma de governo, vitoriosa com o movimento revolucionário”⁹.

Para Marinho, a “Constituição de 1891 é um marco do pensamento constitucional”, a primeira de índole republicana e federativa. Mesmo estruturando e criando um novo tipo de Estado e de Governo, não se afastou do espírito liberal que marcou a Constituição do Império. “Fortaleceu o Estado, mas não se esqueceu do indivíduo, que também precisa de proteção”¹⁰.

A Constituição de 1891 “foi esculpida segundo o estilo da Constituição norte-americana, com as idéias diretoras do presidencialismo, do federalismo, do liberalismo político e da democracia burguesa”¹¹.

A imitação da constituição americana foi um fato comum à época¹², pelos ideais que a inspiraram e que constituíram um marco na evolução constitucional e, por ser no dizer de Tocqueville, “uma das mais poderosas combinações em favor da propriedade e da liberdade humanas”¹³.

⁹ FERREIRA, op. cit., p. 28.

¹⁰ MARINHO, op. cit., p. 60-61.

¹¹ FERREIRA, op. cit., p. 70.

¹² CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal brasileira*, p. 8.

¹³ A imitação da constituição americana não foi um fato isolado, pois que os seus ideais se propagaram em outros países, como a Argentina e o México, que em suas constituições mantiveram a mesma organização.

Ruy Barbosa ratificou essa consagração ao pronunciar que “nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dela e a própria lei nos pôs nas mãos esse foco luminoso”¹⁴.

Evoluindo neste tema de proteção aos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1891 “emprestou importância aos direitos individuais, estendendo seu alcance aos estrangeiros aqui residentes”¹⁵, no art. 72, os quais em sua maior parte, na vigência da Constituição anterior, eram privativos dos brasileiros.

A Declaração de Direitos e Garantias dos cidadãos passou a ser considerada como parte essencial do texto, ganhando uma seção em separado, destinada a somente tutelar esses direitos constitucionais, não figurando mais no epílogo da Constituição.

A exemplo da Constituição de 1824, não há, na primeira Constituição republicana, referência alguma à proteção à criança. Talvez isso seja devido à própria estruturação da família dentro da sociedade.

Se volvermos os olhos ao passado, veremos que toda base familiar era assentada no patriarcado, cabendo ao pai o destino e o comando de todos os elementos dela integrantes.

Não consagrou, também, como fez sua antecessora, privilégio especial às garantias individuais. Como demonstrado, na Constituição do Império, exigiam-se poderes constituídos para sua mudança, não havendo regra a esse favor na Constituição republicana.

É certo que a Constituição não consagrou expressamente, em seu texto, a proteção à criança, mas podemos colocar esse tema como norma implícita.

Chegamos a esse raciocínio após uma análise do art. 78, o qual enuncia que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos que não estão expressos no texto”, mas consubstanciados pelos princípios norteadores da Carta Magna.

Tal norma não foi, todavia, criação do constituinte pátrio.

Essa disposição é similar à que se contém na emenda IX da Constituição dos Estados

¹⁴ Apud FONSECA, Aníbal Freire de. *O Poder Executivo na república brasileira*.

¹⁵ GUIMARÃES, op. cit., p. 1-4.

Unidos e será encontrada também em outras Constituições, tais como do Paraguai, Peru e Uruguai¹⁶.

Essa norma foi inserida no texto norte-americano como cautela contra a má aplicação da máxima, demasiado repetida, de que a afirmação em casos particulares importa uma negação em todos os mais e vice-versa.

Tendo a Constituição mencionado tais e quais direitos e garantias pertencentes ao indivíduo, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhe são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (*inclusio unius exclusio alterius*).

“Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida como supressiva de outros que não mencionados, os quais ficam subsistentes uma vez que não sejam decorrentes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consagra”¹⁷.

Segundo comentadores, “é um fato fundamental que a Constituição Federal é simplesmente uma concessão de poderes limitada. O homem tem certos direitos sagrados que nenhum governante pode suprimir, com ou sem constituição”¹⁸. Tal se deve pelo fato de que os textos constitucionais, quando se preocupam com os direitos do indivíduo e dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem a perigo.

¹⁶ Constituição da República do Paraguai – “Artigo 80 – La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negociación de otros que siende inherentes a la personalidad humana, no figuren expressamente en ella. La falta de ley regulamentaria no podra ser invocada para negar ni nuboscar ningún derecho o garantía; Constitución Política do Peru – Artigo 4º – La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivam de la dignidad del hombre, del principio de soberania del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de forma republicana de gobierno; Constitución da República Oriental do Uruguai – Artigo 72 – La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

¹⁷ CAVALCANTI, op. cit., p. 469.

¹⁸ AMAINO, Morgan Louis. *La Constitution des États Unis*, p. 181. Traduzido do francês.

A Constituição vai, assim, corporificar num documento público o pensamento médio político de um povo num determinado instante histórico.

Temos que buscar, então, nos princípios regentes, normas que assegurarão a proteção.

Geralmente esses princípios estão expressos nas Constituições, mas também os encontramos nos preâmbulos. É certo que nem todas as Constituições os ostentam, nem é indispensável que uma Constituição os contenha¹⁹.

“Este pode ser apenas a maneira de começar, pode conter somente a explicação de como se investiu e se exerceu o poder constituinte, pode, mais largamente, mais freqüentemente sintetizar a finalidade da obra constitucional, pode enunciar o propósito da constitucionalização, pode limitar-se a um caráter ornamental”²⁰.

O preâmbulo pode adquirir importância quando nele se lança aquilo que Schmitt chamou de “decisão política do titular do poder constituinte”, expressão lançada no preâmbulo da Constituição Alemã de Weimar.

Do mesmo modo que as demais disposições da Constituição, as do preâmbulo constituem regras positivas de Direito, com o mesmo valor constitucional e a mesma força de vinculação sobre o legislador ordinário.

Contudo:

“[...] pode-se negar mesmo qualquer valor jurídico, por falta de registro formal de elaboração, ao preâmbulo da Constituição de 1891, que não foi regularmente aprovado no plenário da Assembléia Constituinte. O que serve de pórtico à nossa lei magna foi redigido pela mesa e lido no ato da promulgação”²¹.

Mas “a Constituição não deixa de ser um todo, uma filosofia, toda uma política”²², razão pela qual examino o conteúdo do preâmbulo, apesar das considerações tecidas pelo comentador constitucional.

Basicamente, a Constituição não trouxe, como modernamente encontramos, uma declaração de princípios, e, mesmo no preâmbulo, a

¹⁹ Exemplos de algumas constituições que não exibem preâmbulo em seu texto: México, de 1857, Romênia de 1922, Turquia de 1924 e Grécia de 1927.

²⁰ PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das constituições brasileiras*. v. 1, p. 153.

²¹ *Ibid.*, p. 158.

²² MELO, José Luiz Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*, p. 64.

declaração se restringe a “organizar um regime livre e democrático”.

Essas palavras consagram a aspiração republicana a um governo com intuições capazes de assegurar a liberdade em todas as suas manifestações, de garantir-lhe o exercício e expansões, de proteger o direito de cada cidadão e manter o bem-estar geral.

O preâmbulo traz, assim, as pilastras asseguradoras de garantias, traduzindo para o ordenamento político constitucional as aspirações da população civil, num determinado momento histórico. Não podemos negar que, na última década do século XIX, os pensamentos ainda não haviam se voltado para a proteção à criança, pois que era ainda um problema emergente, que viria-se transformar neste grande problema social dos dias de hoje.

É certo também que a Constituição brasileira se alicerçou nos princípios liberais da época, influenciada, como demonstrado, pelas idéias da Constituição americana, que procuravam definir os direitos do homem em geral, não relevando o fato de que a criança constitui uma parcela diferenciada da população e não um homem em miniatura. Foi o princípio das declarações, que ainda procuravam alicerçar em bases firmes a proteção dos direitos e garantias básicas, para depois evoluírem para uma proteção mais específica.

4. Constituição de 1934

Chegamos à nossa terceira Constituição, a segunda da era republicana brasileira. Se as Constituições anteriores, a Imperial de 1824 e a Republicana de 1891, tinham marcadamente uma influência do pensamento liberal, esta não trilhou o mesmo caminho.

“Esse estatuto político, a par de assumir teses e soluções da Constituição de 1891, rompeu com a tradição de então existente, porque, sepultando a velha democracia liberal, instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar”²³.

A fragilidade da ordem constitucional anterior revelava-se nas inquietações sociais e rebeliões sucessivas que a desestabilizaram²⁴.

²³ BRASIL. Ministério do Interior, op. cit., p.15.

²⁴ Já em 1832 se deu a sublevação das fortalezas de Lage e Santa Cruz. Em 1893, a Revolta dos Canudos, a Revolução Federalista no Rio Grande do

Saímos, pois, de uma democracia liberal, característica das primeiras constituições brasileiras, para adotarmos uma democracia social, influenciada pelo racionalismo jurídico de Preuss e Kelsen, que ampliava o objeto do constitucionalismo, incorporando os direitos econômicos e sociais. “Tal avanço, contudo, operava-se na esfera estritamente jurídica, incapaz de submeter o desempenho político das instituições”²⁵.

Outro fato que repercutiu para a tomada de posição social na Constituição foi o total desinteresse da primeira república pelos problemas sociais, notadamente pelas idéias liberais, advindas da liberdade dada a todos os setores nacionais, sem se preocupar com as conseqüências sociais do fato.

Iniciava-se, pois, na história constitucional brasileira, a passagem do direito de índole liberal, marcado pelo absteísmo do Estado nas relações sociais, para a democracia social, na qual o Estado se imiscui nos problemas relativos ao bem-estar da população.

“Em conseqüência, na Revolução de 30 confluíram correntes das mais variadas que tinham apenas em comum o propósito de reagir contra uma situação existente, de rebelar-se contra o *status quo*, de tentar alterar situações consideradas irremediáveis, mas que de um ideário positivo muito pouco traziam, no momento em que, com a chegada ao Poder foi necessário estabelecer as bases de um novo regime político-constitucional”²⁶.

Converteu-se a Constituição, no capítulo sobre a ordem econômica e social, numa apaixonada plataforma de idéias que marcam a nova índole do Estado brasileiro²⁷.

Na Itália, o fascismo instalara-se desde 1922. Na Alemanha, por volta de 1930, desenrolavam-

Sul e a Revolta da Armada. Em 1895, 1904 e 1905 os levantes da Escola Militar. Em 1910, a revolta liderada por João Cândido pela extinção da pena corporal da chibata. Em 1922, nos primórdios do movimento tenentista, o levante do Forte de Copacabana. Em 1923, a revolução no Rio Grande do Sul, contra Borges de Medeiros. Em 1924, a revolução paulista, liderada pelo General Isidoro Lopes, reunindo-se os rebeldes, após, às tropas de Luís Carlos Prestes, no Rio Grande do Sul, dando origem à Coluna Prestes, que duraria até 1926.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 18.

²⁶ MARINHO, op. cit., p. 85.

²⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 39.

se as agitações que levaram ao fim da experiência de Weimar, com a ascensão do nazismo. Em Portugal, já se havia entronizado o salazarismo, e, na Espanha, pouco após, o franquismo tomara o poder. Em toda parte disseminava-se o sentimento antiliberal e antidemocrático, em nome do regime de autoridade.

A Constituição de 1934, em dolorosa contradição, consolidava o ideário moralizador e liberal da Revolução de 1930, numa época de crescente antiliberalismo, em que as reivindicações eram mais econômicas e sociais do que políticas.

Define Jacques as principais alterações ocorridas da seguinte maneira:

1. Quanto à forma:

a) introdução do nome de Deus no preâmbulo;

b) incorporação, ao texto, de preceitos de direito civil, de direito social e de direito administrativo;

2. Quanto à substância:

a) normas reguladoras da ordem econômica e social, da família, educação e cultura²⁸.

Ainda em suas palavras:

“Essa constituição inaugurou, entre nós, a nova técnica do estatuto regulamentar, que se iniciou com a Constituição de Weimar, transformando-se em estrita análise da estrutura governamental e de direitos e garantias; procurou conciliar a democracia liberal com a democracia social, o individualismo com o socialismo no domínio econômico social”²⁹.

As causas dessa transformação podem assim ser resumidas:

1) as relações econômicas e sociais, que também lhe cabem regular;

2) o desprestígio da representação política, que faz com que o legislador constituinte, interpretando os sentimentos populares, restrinja o campo de ação do legislador ordinário, com pormenores de regulamento;

3) a insuficiência da construção jurisprudencial, que não atende a todas as necessidades e aspirações populares.

Como se nota, pela posição de vários autores, a Constituição de 1934 estava inserida no

²⁸ JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, p. 56-57.

²⁹ *Ibid.*, p. 57.

melhor constitucionalismo da época, incorporando aquilo que se chamou “o sentimento social do direito”, sendo, logo após, quase que copiada em seus princípios pela Constituição de 1946, que se seguiria ao Estado Novo de Vargas.

No capítulo dedicado aos direitos e garantias, esta Constituição seguiu a orientação de 1891, estendendo o seu alcance aos estrangeiros aqui residentes. Tal fato se explica por ser o Brasil um país de emigração. Sendo assim, e para favorecer a vinda de estrangeiros, foi assegurada aos que aqui aportavam a segurança de seus direitos, principalmente o direito à propriedade.

Notamos que, pela primeira vez, houve um título dedicado à ordem econômica e social, e outro dedicado à família – títulos IV e V, respectivamente.

Seguindo o exemplo americano, de sua nona emenda, foi elaborado o art. 114, que, como explicitado, incorporou-se a todas as Constituições brasileiras, desde a sua inclusão em 1891.

Vemos assim, no preâmbulo da Constituição de 1934, a preocupação com o “sentimento social do direito”, ao colocar como princípios básicos da Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Houve uma diversa orientação nas Constituições de 1891 e 1934. Enquanto na Constituição de 1891 há preocupação liberal com o regime democrático que será alcançado com o liberalismo, a Constituição de 1934 se preocupa com o regime democrático, mas que deverá ser conseguido em consonância com os princípios da unidade, liberdade, justiça e bem-estar social e econômico.

Inaugura-se assim a interferência estatal na sociedade para assegurar o bem-estar social e econômico previsto no preâmbulo.

Segundo o pensamento exposto, a Constituição desceu a pormenores ao descrever o campo social para amparar as instituições que surgiram. Tanto assim que a Constituição de 1934 tinha o dobro de artigos da anterior.

Pela primeira vez, influenciada ainda pelo sentido social do direito, temos a inclusão de artigos destinados à proteção do trabalho. Estas normas, de caráter geral, deram-lhe o intuito de exclusão. Dar-lhe normas gerais, com a ressalva de que a legislação ordinária podia conceder mais, mas nunca retirar o mínimo. Elevadas a norma constitucional, só poderiam ser modificadas por outra norma igual, advinda de legislador com poderes constituintes.

Notamos, no art. 121, a preocupação com a produção do país, mas que ficará condicionada à proteção do trabalhador, sendo que, em seu 1º, letra “d”, proibiu o trabalho ao menor de quatorze anos.

Tais fatos podem ser facilmente explicados. Passava o país, nos anos trinta, por seu processo de industrialização, algo como a revolução industrial na Inglaterra no século passado. Víamos a nossa revolução industrial tardia, o que fez com que aparecessem investimentos no setor produtivo, tendentes a transformar o país de mero produtor de matérias-primas para um exportador de produtos manufaturados.

Talvez, não querendo a reprise de cenas como aquelas de crianças trabalhando nas fábricas, sujeitas a toda sorte de abusos, instituiu-se a regra segundo a qual as crianças deviam atingir certa maturidade – física e intelectual – para que lhes fossem permitidas atividades que iriam, por certo, retirá-las de outras atividades essenciais de sua idade, como a educação escolar.

Coincide com esta década a criação da Justiça do Trabalho e a regulamentação do trabalho, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho, que vieram efetivar, na legislação ordinária, as garantias ao trabalho dadas pela Constituição.

Também, pela primeira vez numa Constituição brasileira, foram incluídas normas de amparo à criança. A necessidade de uma proteção a estas pessoas foi descoberta graças ao forte sentimento nacionalista que imperou neste período e que possibilitou o surgimento do populismo de Vargas.

Criou-se a norma de proteção à criança, amparando-a mesmo em seu desenvolvimento ultra-uterino – quando aí incluída a proteção à maternidade, com o que se engloba a proteção à mãe –, e procurou-se dotar este preceito de aplicabilidade, ao estatuir que é dever da União, dos Estados e dos Municípios o amparo à criança, para o qual estes deveriam destinar 1% de suas rendas.

Com essa medida, procurou-se dar um pouco de aplicabilidade à norma protetora, cujas conseqüências não puderam ser verificadas pela exigüidade do tempo de sua vigência, sendo derrocada pelo golpe de 1937, que instituiu uma nova ordem político-jurídica no país. Talvez este seja o grande problema ao se analisar a Constituição de 1934 – o seu curto período de existência –, comprometendo uma análise mais detida.

5. Constituição de 1937

A Constituição de 1937 seguiu-se a uma época conturbada por episódios políticos, com a radicalização das lutas de esquerda e de direita. A Constituição de 1934 teve curta duração, não tendo sido possível avaliar, na prática, seus méritos e deméritos.

Havia um descompasso entre o previsto na Constituição de 1934, de cunho liberal, e a realidade por que passava o país, levando a uma vulnerabilidade do sistema político, proliferando-se os movimentos de cunho extremista.

Pode-se dizer que a Constituição de 1937

“era na verdade uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época pela qual ficaria nítido que o país se inseriria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal”³⁰.

A grande questão que se levanta a respeito da Constituição de 1937 é a de sua validade no mundo jurídico, pois que o art. 187 ditava que ela entraria em vigor na data “de sua outorga” e seria submetida ao plebiscito nacional, na forma regulada em decreto do Presidente da República, o que não foi feito.

Para Coelho:

“O que menos pesa na Carta de 37 é a sua estrutura jurídico-formal, já que, no sentido material, todo Estado tem uma Constituição; por isso, pouco importa que a Carta de 37 tenha ou não tido vigência do ponto de vista formal, que não tenha passado de uma Constituição Fantasma, como ironizam alguns de seus adversários”³¹.

Para outros, ela não existiu juridicamente, chegando a ser considerada como autêntica portaria. O seu valor é, pois, meramente histórico e, como tal, não pode ser posto à margem³².

Entendo não se poder dizer que não houve Constituição, pois havia uma norma superior que determinava a ordem básica do Estado, que buscava legitimar a ação tomada. Todavia, por discordar da maneira como foi imposta, sem a convocação de uma Assembléia Constituinte, e

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 69.

³¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Aspectos positivos da Constituição de 1937*, p. 103-108.

³² CUNHA, Fernando Whitacker. *Direito Político brasileiro*, p. 35-36; PORTO, Walter Costa (Org.). *Constituições do Brasil*, p. 86.

por não atender aos seus próprios requisitos de validade, considero-a apenas por seu valor histórico.

Para Espínola, os pontos salientes da Carta eram: o fortalecimento do Poder Executivo, inclusive possibilitando-lhe papel mais direto na elaboração das leis; redução da importância do Parlamento Nacional, quanto à sua função legislativa; intervenção maior do Estado na vida econômica, sem prescindir da iniciativa individual; reconhecimento dos direitos de liberdade, segurança e propriedade do indivíduo, limitados, todavia, pelo bem público; nacionalização de certas atividades e fontes de riqueza; proteção ao trabalho nacional e defesa dos interesses brasileiros em face dos alienígenas³³.

Foi uma Constituição de índole fascista, claramente inspirada na Carta da Polônia, de 23 de abril de 1935, imposta pelo Marechal Josef Gilsudki, o que lhe valeu, no Brasil, o adjetivo pejorativo de *polaca*.

“O Estado Novo brasileiro refletiu as tendências de expansão do fascismo internacional como uma ditadura de direita, embora mais suave e moderada pela influência do temperamento brasileiro”³⁴.

Os elementos fascísticos aparecem como uma possibilidade de estruturação administrativa e como um programa a realizar-se. Não se diga que o poder concentrado é, por si só, suficiente para caracterizar o fascismo da Constituição de 1937, porque tal concentração é fato comum às soluções autoritárias contemporâneas, quer fascistas, quer não-fascistas³⁵.

O movimento fascista veio surgir após a Primeira Guerra na Itália, país que carecia de tradição democrática e que estava numa delicada situação econômica³⁶.

Apesar de seu ideólogo, Francisco Campos, tentar negar³⁷, encontramos nesta Constituição todos os elementos que caracterizam o fascismo, como será destacado:

³³ ESPÍNOLA, Eduardo. *A nova Constituição do Brasil*: Direito Político e Constitucional brasileiro, p. 75.

³⁴ FERREIRA. *Curso de Direito Constitucional*, p. 65.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. 1, p. 165.

³⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. v. 1, p. 249. Traduzido do espanhol.

³⁷ Para ele, bastava o exame mais superficial das linhas gerais da Constituição para se certificar, mesmo

“Recebeu ela influência de sua congênera polonesa, de 1935, que reforçava o Poder Executivo, da Constituição de 1934, da Constituição Caudilhista, de 1891, de acentuado cunho positivista, da Carta del Lavoro italiana, no que se refere à parte trabalhista, da Constituição Portuguesa, e no programa integralista”³⁸.

Encontramos nela o que costuma denominar-se democracia cesarista, pelo largo espaço que abriu às práticas plebiscitárias. Esse instrumento era usado por Caio e Júlio César em Roma, e Hitler o utilizou para, nos momentos de impasse institucional, levar diretamente ao povo, por cima de seus representantes, corporativos ou liberais, as decisões fundamentais de seu país.

Ressalte-se que houve, no texto, uma confusão entre plebiscito e referendo, o que não modifica em nada sua finalidade³⁹.

Como destacado, a Constituição de 1937 criou um Estado intervencionista e protetor, proclamando que os interesses da coletividade eram mais importantes que os do indivíduo.

Não poderia ficar destacado dessa realidade o tema da criança, inserto em vários artigos, encontrando na Constituição berço fértil para sua proteção, segundo linhas fascistas.

A primeira inserção se dá na competência privativa da União para ditar normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente da criança.

Quando o texto se refere a normas fundamentais, compreendemo-las como aquelas que a União considera essenciais a um plano ou programa de defesa da saúde. O advérbio não tem função restritiva: significa que o legislador recomenda, com especial carinho, a legislação de defesa e de proteção da saúde da criança.

“A diferença entre legislar sobre normas fundamentais e o legislar sem tal limitação perde, na Constituição de 1937, quase todo o seu interesse, porquanto, onde se manifestar a necessidade de regulamentação uniforme, estando, como está, em causa o bem-estar das populações, tem a União a competência legislativa geral que depende do artigo 16, inciso V”⁴⁰.

a partir da mais elementar cultura política, de que o sistema da Constituição de 1937 nada tinha de fascista (*Jornal Correio da Manhã*, 03 de março de 1945).

³⁸ CUNHA, op. cit., p. 36.

³⁹ PORTO, op. cit., p. 55-56.

⁴⁰ MIRANDA, op. cit., p. 479-480.

Encontramos, nessas duas primeiras inserções, a mão invisível do pensamento fascista, que busca uma valorização do homem, elevando-lhe a dignidade moral, numa exaltação a super-homem.

O Estado, centralizado nas mãos do Presidente da República, busca uma justificação na proteção ao homem, aliado a um hipernacionalismo e à valorização do trabalho, numa clara influência da *Carta del Lavoro* da Itália.

Segundo Bastos,

“[...] era de se esperar que a Constituição de 1937 criasse restrições aos direitos individuais e às suas garantias. Sua ordem depunha contra vários princípios de obrigatória inclusão nos textos constitucionais regradores do regime democrático [...] tudo isso, como prescrito no artigo 15 da Constituição Polaca, em garantia de paz, ordem e da Segurança Pública. De um modo geral, toda a legislação do Estado Novo se orientou contra as liberdades públicas”⁴¹.

Encontra-se, em vários pontos da Constituição, menção à Nação, numa clara manifestação de hipernacionalismo, característico do fascismo. Para Jellinek, o elemento indispensável à existência da Nação é de natureza essencialmente subjetiva, resultante de um estado de consciência⁴².

Procurou-se, assim, dar à população consciência de sua nacionalidade, assentada no vínculo que a une, determinando a convicção de um querer-viver coletivo, submetido a um poder público soberano que lhe dê unidade política.

O enunciado do art. 123, oriundo do direito norte-americano, que o consagrou na nona emenda, vem sendo colocado nas declarações de direitos desde a primeira Constituição republicana. Na Constituição de 1937, ganhou um contorno especial ao condicionar ao bem público as garantias e direitos individuais, assim como as necessidades de defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, limitando, dessa maneira, a aplicabilidade da norma.

Sujeitava-se, assim, o direito do indivíduo ao Estado, que é, no fascismo, a própria origem do poder.

⁴¹ BASTOS, op. cit., p. 71-2; FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*. p. 65.

⁴² JELLINEK, G. apud CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*.

Influenciada pelas idéias positivistas, a Constituição de 1937 estabeleceu que todo o ordenamento deverá ser submetido à consecução do bem-estar, segurança e paz do povo, como colocado em seu preâmbulo.

O preâmbulo pode revestir-se de regras positivas de direito, com o mesmo valor e mesma força vinculante das normas constitucionais, quando se coloca nele a decisão política do titular do poder constituinte.

O preâmbulo da Constituição de 1937, todavia, foi apenas uma justificativa para o golpe perpetrado, tomando posição ideológica contra o comunismo, que é nominalmente citado, e contra as idéias liberais da Constituição de 1934, que não permitiam a aglutinação de poderes no Presidente da República (concentração de poderes).

O elemento religioso perdeu um pouco sua atuação nesta Constituição, na medida em que, no seu preâmbulo, não se encontra referência a Deus e não se manteve, em seu corpo, o reconhecimento do casamento religioso, proclamando, contudo, a indissolubilidade do casamento.

A Igreja não via com simpatia esse movimento, ante o ateísmo do Estado Soviético, tendo mesmo o Vaticano, em 1929, celebrado com os fascistas os Acordos de Latrão⁴³.

Dentro de sua política protetora e intervencionista, o Estado colocou a infância e a juventude sob sua direta proteção, encarregando-se de assegurar-lhes as condições físicas e morais de vida sã, possibilitando-lhes pleno desenvolvimento.

Uma das maneiras encontradas para lhes assegurar o pleno desenvolvimento foi atribuir compensações para as famílias numerosas, na proporção de seus encargos.

O Decreto-lei n° 3.200, de 19 de abril de 1941, na alínea *a* de seu art. 37, considerou numerosa a família que compreender oito ou mais filhos, brasileiros (novamente a presença nacionalista), até dezoito anos, ou incapazes de trabalhar, vivendo em companhia e às expensas dos pais ou de quem os tenha sob sua guarda, criando e educando-os à sua custa.

Notamos que a Constituição de 1937 trouxe uma programaticidade social-democrática, herdada em parte da Constituição de 1934, aparecendo amiúde regras de caráter programático.

As regras programáticas, as quais não de orientar os Poderes Públicos, são aquelas em

⁴³ MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*, p. 67.

que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar uma norma de aplicação concreta, apenas traça linha diretora. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Para Pontes de Miranda,

“... a parte programática das Constituições de após-guerra não consegue dar fins precisos ao Estado (menos ainda o fim único, como ocorreu com a Constituição Soviética), sendo interessante observar que ficam em terreno ético, quase sempre em fórmulas propositadamente vagas ou ingênuas”⁴⁴.

Cabe ainda destacar que, na vigência desta Constituição, por meio do Decreto-lei nº 2.024, de 17 de fevereiro de 1940, foi criado, no âmbito do Ministério da Educação e Saúde, o Departamento Nacional da Criança, diretamente subordinado ao Ministro de Estado.

O Departamento Nacional da Criança era o órgão supremo de coordenação de todas as atividades nacionais relativas à proteção à maternidade, à infância e à adolescência. Suas funções institucionais seriam detalhadas no art. 6º do citado diploma legal.

6. Constituição de 1946

Pressionado pelas idéias de liberdade e democracia, trazidas pelos soldados que lutavam contra o regime nazi-fascista, o Estado Novo encontrava seu fim em 29 de outubro de 1945, com a renúncia de Vargas, pressionado pelos ministros militares (contra-senso?).

Convocada a Constituinte, nova Constituição seria promulgada em 18 de setembro de 1946.

O seu preâmbulo buscou inspiração na Constituição Americana (“Nós somos o povo dos Estados Unidos [...]”). Para Maximiliano, era uma reação contra qualquer separatismo, contrariando o espírito do regime, as rivalidades regionais⁴⁵.

Em seu final, trouxe o preâmbulo a nova denominação oficial do País.

Quanto à menção à proteção de Deus, não traduz de modo algum que o princípio teológico haja predominado na Constituição. Trata-se de *vox mortua*, sem conseqüências especiais; mera

⁴⁴ MIRANDA, op. cit., p. 20.

⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 168.

homenagem à crença da maioria do povo brasileiro, foi incluída sem quebra do princípio democrático⁴⁶.

Discordando de Kelsen,⁴⁷ que não é favorável a reconhecer relevância jurídica no preâmbulo, prefiro adotar a posição de Schmitt,⁴⁸ para quem as enunciações do preâmbulo correspondem até às decisões fundamentais, de mais pré-timo e valia do que as que nele se devem arrimar.

O preâmbulo é a condensação do texto constitucional, serve para determinar os fins para os quais foi elaborado e pelos quais indica a verdadeira interpretação dos pontos duvidosos.

Apesar das opiniões de vários constituintes,⁴⁹ não primou a Constituição de 1946 por ser sintética, não sendo apenas repositório de normas gerais. Extremar-se-ia Pacheco:

“extensas e minuciosas, podemos até mesmo dizer que estas não são verdadeiras Constituições, porque a natureza verdadeira de uma Constituição é a de pairar na altitude dos grandes princípios, é a de ser estrutural e sintética”⁵⁰.

Considerada como a mais complexa das Constituições americanas, parte do princípio de que o Estado não é fim em si mesmo, mas meio para a consecução de determinadas finalidades.

Apresenta-se como uma Constituição tecnicamente correta e cientificamente avançada,

“trata-se de uma Constituição liberal, de fundo democrático, timidamente progressista, como transação discreta com algumas correntes mais avançadas que influíram na sua elaboração”⁵¹.

Com esta Constituição, retoma-se a evolução democrática, abruptamente interrompida, tendo buscado suas bases, sua concepção geral na Constituição de 1934⁵².

No aspecto referente à educação, a Constituinte de 1946 seguiu a orientação que vinha

⁴⁶ FALCÃO, Alcino Pinto, DIAS, José Aguiar. *Constituição anotada*, p. 20.

⁴⁷ *Teoria general del derecho y del estado*, p. 274.

⁴⁸ *Teoría de la constitución*, p. 28-29.

⁴⁹ DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*, p. 116.

⁵⁰ PACHECO, Cláudio. *A Constituição de 1946*. In: *O pensamento constitucional brasileiro*, p. 161.

⁵¹ CAVALCANTI, Themistócles Brandão. *Constituição federal comentada*. v. 2, p. iv.

⁵² Para Maximiliano, “deduziu-se da letra de um diploma o Espírito de outro.” op. cit., p. 422.

sendo dada pela Constituição de 1934, pois que a Constituição de 1891, revisada em 1925, não cogitava de legislar sobre educação nacional. A Constituição de 1937 continha artigos esparsos sobre o assunto, como o seu art. 10, inciso VI, que determinava à União e aos Estados-Membros “difundir a instrução pública em todos os seus graus”.

Como é natural, ficou a cargo da União legislar sobre educação nacional em geral, por meio da letra “d”, inciso XV, do art. 5º, que deve ser combinado com os arts. 170 e 171, que se referem aos sistemas de ensino.

No que se refere à educação em geral, as normas ditadas pela União têm alcance total, cabendo aos Estados a edição de normas supletivas; já com relação ao sistema de ensino, é competência da União supletiva das exigências locais. As legislações estaduais e municipais têm de seguir a orientação emanada nessas diretrizes e bases sob pena de estarem evadas de inconstitucionalidade⁵³.

Na Constituição de 1946, aparecem, pela primeira vez, as bases junto às diretrizes, dentro da competência legislativa da União.

Por diretrizes,

“(…) devemos compreender, especialmente, o aspecto político e pedagógico do problema; definir as suas linhas gerais, mas de forma que nele se encontrem os meios necessários à integral aplicação, para que não seja essa aplicação iludida pelos interesses e caprichos das organizações estaduais”⁵⁴.

Considero que diretrizes e bases devem ser entendidas como normas gerais, mesmo entendimento a que chegou o relatório da Comissão de Estudos das Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Para Gustavo Capanema, constituinte de 1946, as expressões *diretrizes* e *bases* “buscam significar claramente, e quase redundantemente, que à União compete, não apenas traçar os princípios gerais do ensino de todos os ramos, mas também dar-lhe estrutura e disciplina, organização e regime”⁵⁵.

Ressalte-se, no entanto, que houve uma duplicidade no texto constitucional, observada por Espínola. Para ele, se se dá competência para

legislar sobre vários assuntos e, depois, dá-se ao poder Legislativo competência para legislar sobre os mesmos e outros, não há razão para se dispor que cabe à União legislar. Dizer que à União compete legislar é o mesmo que afirmar que ao Congresso Nacional compete legislar (art. 65, inciso IX).

Superado o aspecto referente à educação, passo para outro, ligado ao tema dos direitos e garantias individuais.

“Nos nossos dias, fixaram-se quatro tipos de declarações: a dos séculos XVIII-XIX, a da Rússia, a do Fascismo e a do Estado intermediário. Nos *Protokolle* alemães de Weimar, poderíamos assistir à eclosão de declarações híbridas, porém outras foram tentadas. Fr. Naumann entendia que a declaração russa seria direta consequência de qualquer constituição comunista; não sendo o Estado Alemão Estado burguês-individualista, nem bolchevique-comunista, precisava fazer coisa sua. Não foi isso o que se teve. O programa, infracional em vez de uno, juntou elementos, misturou-os. De qualquer forma só se tem um tipo intermediário, que não foi o de 1789 nem o de 1918. Melhor diremos um dos tipos intermediários, porque muitos são possíveis. Na Constituição brasileira de 1934 ocorreu mais ou menos a mesma coisa. Repetese, agora, o fato com a Constituição de 1946”⁵⁶.

O capítulo referente aos direitos e garantias é o direito humano no mais alto grau, por isso o texto não cria direitos; antes, reconhece-os, protege-os. Expressam apenas a salvaguarda daqueles direitos mais importantes ou que, por sua posição de proteção, são mais expostos à violação. Os direitos e garantias, os direitos fundamentais, não podem ser organizados pelo Estado, por sua maior característica de supra-estatalidade. Eles se situam numa posição acima do próprio Estado, que consegue apenas organizar sua proteção jurídica.

Esses direitos fundamentais estão situados no direito das gentes (*droit des gens*), sendo que a sua interpenetração nos Estados se dá à medida que estes se tornam signatários de normas desse direito. O direito das gentes não está numa posição de superioridade em relação ao direito interno, que está organizado seguindo a ideologia da população detentora do poder.

⁵³ CAVALCANTI, T. B. op. cit., p. 299-300.

⁵⁴ *Loc. cit.*

⁵⁵ PACHECO. *Tratado das constituições brasileiras*. v.1, p. 271-272.

⁵⁶ MIRANDA, op. cit., v.2, p. 160.

Mas, na medida em que o Estado, por seu direito interno, aceita a norma definida no direitos das gentes, ela se transforma em norma jurídica com vigência plena no ordenamento jurídico interno⁵⁷.

Para Pontes de Miranda,

“o que falta às Constituições de hoje, para que sirvam à vida e aos povos, são fins precisos. As liberdades, pelo menos algumas, no Estado sem fins precisos, tornam-se insuficientes”⁵⁸.

A Constituição de 1946 em quase nada inovou nesse aspecto, seguindo, para isso, as linhas liberais da Constituição de 1934, nos parâmetros que já vieram da Declaração de Direitos do Homem de 1789.

Após a enumeração dos direitos protegidos, ela traz, em seu art. 144, a declaração de que estes princípios não são únicos, numa tendência que se seguiu desde a primeira constituição republicana.

Esse artigo, proveniente da nona emenda americana, encontrou solo fértil nas Constituições latinas e teve aplicação na jurisprudência argentina, que, não tendo texto expresso que abrigasse o direito de reunião, admitiu-o com base nos outros princípios explícitos agasalhados nas normas constitucionais argentinas.

Entro no título V da Constituição, um título que aparece pela segunda vez em nossa história constitucional: “Da Ordem Econômica e Social”, extirpada da Constituição de 1937.

O Direito Social teve uma evolução lenta. Em 1938, Miranda já soube captar sua importância ao escrever:

“No século XX, principalmente após a Segunda Guerra, não é possível falar-se de uma Constituição, sem se lhe procurarem as causas e a função sociológica. Constituição só política, sem preocupação do problema social, que avulta cada dia, agravado por outro, que é o das relações entre os Estados de toda a Terra, é uma temeridade, sobre ser um anacronismo”⁵⁹.

A primeira constituição a veicular em seu bojo os direitos sociais emergentes foi a Cons-

⁵⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*.

⁵⁸ MIRANDA, op. cit., v.1, p. 146.

⁵⁹ MIRANDA. *Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*. v. 1, p. 22.

tuição Mexicana de 1917, embora alguns autores prefiram a alusão à Constituição Alemã de Weimar, de 1919, que alcançou maior alcance e popularidade do que sua antecessora mexicana.

Anteriormente, no século XIX, os problemas da vida social eram parcialmente regulados pela legislação ordinária⁶⁰.

Temos, então, que a Constituição de 1946 não ficou alheia ao movimento de evolução dos direitos sociais que adquiria, assim, foros de constitucionalidade. Aprofundou-se no exame dos direitos sociais e nos problemas referentes à educação. Colocou como pilares da justiça social a ordem econômica e social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, segundo descrito no art. 145.

Há, entre as declarações, individuais e sociais, uma distinção doutrinária a que nos reportamos:

“Não se confundem as declarações de direitos sociais com as clássicas de direitos individuais, pois pela sua natureza e finalidade partem de uma concepção completamente diferente, oposta mesmo: os direitos individuais expressam uma relação negativa entre o Estado e o indivíduo; as disposições sociais apresentam uma relação de ordem positiva que se traduz em direitos, obrigações e deveres do Estado; sugerem ou determinam que o Estado atue, enquanto as declarações clássicas lhe impõem um *nec facere*, a abstenção. Falta-lhes, contudo, por vezes, a eficácia por nem sempre constituírem direitos públicos subjetivos”⁶¹.

Discordando desse ponto de vista, Trindade diz que a dicotomia entre os direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais, no qual aos primeiros corresponde uma abstenção por parte do Estado, cabendo aos segundos uma atuação do Estado, está superada, pois que a Conferência de Direitos Humanos de Teerã, de 1968, e a Resolução de 32/130 da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamaram a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos, à luz da unidade fundamental de concepção de direitos humanos.

“Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos

⁶⁰ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As novas tendências do Direito Constitucional*, p. 149.

⁶¹ SVOLOS, A. apud FALCÃO, Alcino Pinto, op. cit., p. 21; MIRANDA, v. 3, op. cit., p. 152.

teriam pouco sentido para a maioria das pessoas”⁶².

Dentro das normas constitucionais que amparam as situações de ordem social, encontram-se normas referentes à proteção do trabalho, no art. 167, que, em seus incisos, dita os preceitos mínimos a serem observados na legislação trabalhista.

Tais normas tiveram início em 1802, com o *Act for preservation of health and moral apprentices employed in cotton and others mills*, na Inglaterra, berço da Revolução Industrial, espalhando-se logo pela França e Alemanha⁶³.

Opinava Falcão:

“Esses direitos, que a vigente aprimorou (direitos sociais do trabalho), estão à altura das mais progressivas declarações. Não há necessidade, e talvez ainda assim durante muito tempo, de reivindicações de novos direitos, mas há necessidade, e urgente, de concretização dos declarados”⁶⁴.

Entre os preceitos, encontra-se, no inciso IX, a norma que proíbe o trabalho a menores de quatorze anos e o trabalho de menores de dezoito anos em indústrias insalubres e em trabalho noturno.

A discussão a respeito desse tema não é muito recente, surgida durante a Conferência de Washington, de 1919, e as de Genebra, de 1920, 1921, 1932, 1937 e 1937. A Organização Internacional do Trabalho – OIT – estabeleceu como sexto princípio a abolição do trabalho das crianças, admitindo-se, porém, que os menores adultos prestassem serviço remunerado, mas de sorte que não fossem prejudicados o seu desenvolvimento físico e a sua educação.

Para Miranda,

“o preceito constitucional é *self-executing*, exaustivo, cogente, e a legislação ordinária impotente. No entanto, campeiam pelo Brasil inteiro as violações imunes”⁶⁵.

Encerrando o estudo dessa Constituição, encontra-se a última norma de proteção à criança no art. 164, que determina serem obrigatórios a assistência à infância e à adolescência, e o amparo às famílias de prole numerosa.

⁶² TRINDADE, op. cit., p. 38-41.

⁶³ MAXIMILIANO, op. cit., p. 198.

⁶⁴ FALCÃO, op. cit., p. 22

⁶⁵ MIRANDA, op. cit., p. 58.

Coube a Pontes de Miranda a correta interpretação da norma, ao classificá-la como não sendo apenas programática, o que ficou demonstrado pela expressão *obrigatória*. Falta a ela apenas a sanção, sem o que caiu no vácuo⁶⁶.

Quanto à segunda parte do artigo, é evidentemente programática. Contudo, essa norma já constava de Constituições anteriores, havendo o Decreto nº 3.200 regulamentado o tema, que deverá permanecer como mínimo, até a edição da norma regulamentadora.

Em outras Constituições, encontram-se cuidados semelhantes para com a proteção e assistência à infância, como, por exemplo, no art. 34, *quinquies* da Constituição Suíça, e o art. 8º da Constituição Alemã de 1949.

7. Constituição de 1969

Após a revolução (*sic*) de 1964, ainda se mantinha em vigor a Constituição de 1946, mas totalmente modificada pelas alterações e emendas que lhe foram impostas. Mediante, então, o Decreto nº 58.198, de 15 de abril de 1966, foi nomeada uma comissão, sob a presidência de Levi Carneiro, para elaborar o Anteprojeto de Constituição, que, elaborado, foi às mãos do Ministro da Justiça, Carlos Medeiro Silva, para sua redação final.

Foi uma Constituição elaborada “a toque de caixa”, pois o Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocou o Congresso para reunir-se extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, com o fim de discutir, votar e promulgar o Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

Apesar de promulgada nova Constituição, esta não teve o condão de pôr termo ao processo revolucionário, que culminou com a determinação da vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e com a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969.

Bastos, ao analisar essa questão, indaga se se trata de mera emenda ou uma nova Constituição; prefere ficar com a primeira opinião, “embora não se desconheça que a relevância da questão é muito pequena”⁶⁷.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 94.

⁶⁷ BASTOS, op. cit., p. 86.

Caetano prefere denominá-la como Constituição de 1967-69, pois considera que a Constituição continuava a ser a de 1967⁶⁸.

Todavia, para Jacques, se do ponto de vista formal houve emenda na Constituição de 1967, do ponto de vista substancial, a Junta Militar outorgou uma nova Constituição ao país⁶⁹.

Coloco-me como partidário dos que consideram a Emenda nº 1 uma nova Constituição imposta ao País, pois que houve uma reestruturação do regime jurídico, rompendo com o anterior.

Ferreira Filho faz acentuar que as mudanças não alteraram o sistema, ou sua estruturação, considerando que, em alguns setores, as modificações foram de peso⁷⁰.

A Constituição de 1969 foi a mais autoritária da história constitucional brasileira, pois, apesar de conter uma longa enumeração dos direitos individuais (art. 153), detinha poderes de supressão desses mesmos direitos.

Manteve a orientação que vinha sendo dada desde a Constituição de 1891, em seu art. 78, ao determinar que a Constituição, ao enumerar os direitos fundamentais, no seu § 36 do art. 153, não pretende ser exaustiva.

Mantendo-se filiada à orientação da “racionalização do poder”, marcada pela Constituição de 1934, trouxe uma enumeração dos direitos dos trabalhadores, que é meramente exemplificativa, tendo seu próprio texto – art. 165 – excluído totalmente a taxatividade.

Enquanto a Constituição de 1946 adotava a idade de quatorze anos como idade mínima para o trabalho, esta reduziu a idade mínima para doze anos.

Para Morais Filho:

“A mesma contraria, por um lado, a tendência do mundo moderno, no sentido de fazer subir a idade mínima para o ingresso do menor na população ativa. Igualmente, essa redução colidiria com convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Internacional nº 5, de 1919, e a de nº 58, de 1936, que fixam a idade mínima de quatorze anos para os trabalhos marítimos”⁷¹.

⁶⁸ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. v.1, p. 601.

⁶⁹ JACQUES. *A constituição explicada*, p. 5-6.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 33.

⁷¹ MORAIS FILHO, Evaristo de apud FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 679.

Já o art. 175 preserva lei especial para proteção à infância e à adolescência.

“As condições da família no mundo de hoje justificam a necessidade do estabelecimento em lei especial de medidas de assistência à maternidade, à infância e à adolescência”⁷².

Essa assistência, tida por obrigatória na Constituição de 1946, já se inseria no texto constitucional de 1967, tendo havido apenas o acréscimo da educação de excepcionais. Todavia, esse artigo da Constituição, como muitos outros, não foi regulamentado, ficando prejudicada, assim, sua aplicação.

Bibliografia

AMAINO, Morgan Louis. *La Constitution des États Unis*. Paris : Marcel Rivière, 1947.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro : Renovar, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Versión Española de Vicente Herrero. México : Fondo de Cultura Económica, 1946.

BONAVIDES, Paulo. *A crise política brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956. v. 1.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1941.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal brasileira*. Rio de Janeiro : F. Briguet e Cia Editores, 1924.

CAVALCANTI, Themistócles Brandão. *A Constituição federal comentada*.

COELHO, Inocêncio Mártires. Aspectos positivos da Constituição de 1937. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 103-108.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *Direito Político brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947. v. 3.

⁷² *Ibid.*, p. 702.

- ESPÍNOLA, Eduardo. *A nova Constituição do Brasil : Direito Político e Constitucional Brasileiro*. São Paulo : Freitas Bastos, 1946.
- FALCÃO, Alcino Pinto, DIAS, José de Aguiar. *Constituição anotada*.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- _____. *Princípios gerais de Direito Constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1983.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Repertório IOB de jurisprudência*, n. 15, p. 243-247, 1. quin. ago. 1989.
- _____. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1989.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967.
- _____. *A Constituição explicada*. 3. ed. Rio Janeiro : Forense, 1970.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Politico*. 2. ed. rev. y aum. Madrid : Tecnos, 1989. v. 1.
- _____. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia : Real Colégio de España, 1975.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1954.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57/58, p. 233-256, jan./jul.1981.
- MELLO, José Luiz Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- MENDIZÁBAL OSES, Luís. *Derecho de menores: teoría general*. Madrid : Pirâmide, 1977.
- MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Atlas, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : H. Cahen, 1947. v. 1.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968. v. 5 e 6.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Bóris. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Cândido Mota Filho. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1933.
- _____. *Evolução constitucional européia*. Tradução de Maria Godói Bezerra. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1957.
- PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das constituições brasileiras*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 1.
- PORTO, Walter Costa (Org). *Constituições do Brasil*. Brasília : Instituto Tancredo Neves, 1987.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti de. *Direito Constitucional*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1978.
- SARASTE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1967.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v.1 e 2.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- PENSAMENTO constitucional brasileiro. Brasília : Câmara dos Deputados, 1978.
- VALTICOS, Nicolas. *Droit International du Travail*. Publiés sous la direction de G. H. Camerlynck. Paris : Dalloz, 1970.
- VASCONCELOS, Roberto Pereira de. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil interpretada*. Rio de Janeiro : Editora Nacional de Direito, 1944.
- BRASIL. Constituição. *As Constituições do Brasil*. 6 v. 1986.
- BRASIL. Constituição. *Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988: Quadro Comparativo*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992.
- CONSTITUIÇÃO do Brasil e constituições estrangeiras. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.
- CONSTITUIÇÕES estrangeiras. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990-1991. 6 v.

O sistema da posse no Direito Civil

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Posse e propriedade: conceito e distinção. 3. Posse e detenção: conceito e distinção: A) A posse e a detenção segundo Savigny e Ihering; B) A detenção no Código Civil: os servidores da posse, a mera permissão ou tolerância, a violência, a clandestinidade e a precariedade. 4. As fontes da posse. 5. Os efeitos da posse. Posse ad interdicta e ad usucapionem. Inversão do título. 6. Natureza da posse. Fato ou direito. Direito real ou obrigacional. 7. Objeto da posse. Os direitos pessoais. 8. O fundamento da proteção possessória. 9. O novo conceito de posse e sua função social.

1. Introdução

O Direito Civil reconhece três formas básicas de contato das pessoas com as coisas: I – por meio da propriedade e dos direitos reais limitados; II – mediante a posse e a quase posse; III – pela simples detenção.

2. Posse e propriedade: conceito e distinção

A distinção entre posse e propriedade é simples e nítida. A propriedade é o mais amplo direito sobre a coisa, envolvendo os poderes de usar, fruir e dispor da mesma (alienar, gravar, consumir, alterar e até destruir) e de reivindicá-la do poder de quem injustamente a possui (art. 524). Aí temos os dois aspectos desse direito: o *poder direto* ou senhoria direta sobre a coisa (aspecto interno), consistente no direito de usar, fruir e dispor (*jus in re*), e o *poder absoluto* ou de perseguir a coisa *erga omnes*, ou direito de seqüela.

Para o exercício de tão graves efeitos, exigem-se requisitos especiais de publicidade des-

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Civil. Advogado.

ses direitos por meio da tradição dos móveis e da transcrição dos imóveis no registro público.

A posse não pressupõe todos esses poderes, efeitos e requisitos.

Começemos pelas afinidades. Ambas encerram um poder direto ou imediato sobre a coisa e também absoluto ou *erga omnes*. Existe a posse conjugada ou cumulada com o direito de propriedade, ou posse do proprietário, a mais comum, e que não suscita polêmica. Aliás, a posse típica, objeto de largas discussões, é a do não-proprietário, segundo sua origem e a tradição de seu estudo. É a posse como fenômeno autônomo e digno de proteção, resultante desta definição de Cunha Gonçalves:

“Posse é o poder de fato exercido por uma pessoa sobre uma coisa, normalmente alheia ou pertencente a dono ignorado ou que não tem dono, relação tutelada pela lei e em que se revela a intenção de exercer um direito por quem não é titular dele, embora este direito não exista, nem tem que ser demonstrado.” (*Princípios de Direito Civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1, n. 175, p. 406).

Por sua vez, a posse prolongada e qualificada com os requisitos próprios pode se transformar em domínio ou outro direito real, assim como a propriedade sem a posse pode vir a sucumbir.

Quanto às distinções, a posse é antes de tudo um fato, enquanto a propriedade é antes de tudo um direito. O direito do possuidor é consequência do fato de sua posse (*jus possessionis*). A posse do proprietário é consequência do seu direito de possuir (*jus possidendi*). Em regra, o simples possuidor só pode usar e fruir. O poder de disposição da coisa (alienar, gravar, consumir, destruir) é inerente ao titular do domínio. O possuidor pode ceder seus direitos sobre determinadas posses e comportar-se como dono (*animus domini*), usando e alterando livremente a coisa.

A despeito da sua reconhecida eficácia *erga omnes*, a posse entre nós não constitui um direito real típico. Nem sequer é registrável para efeito de usucapião de prazo mais curto, como ocorre no Código Civil português (art. 1295 – registro da mera posse).

Em razão de seus maiores poderes, o proprietário pode opor o seu título ao possuidor e recuperar a posse. Mas pode ocorrer que o possuidor oponha eficazmente o seu título de pos-

se ao proprietário, bem como a sua posse com os requisitos do usucapião.

Concluindo, a distinção entre a posse e a propriedade resulta do confronto dos dois conceitos no Código Civil (artigos 485 e 524, respectivamente). O proprietário tem o *direito real* de usar, gozar e *dispor* dos bens e de *reavê-los* do eventual possuidor. Este tem apenas o *exercício de fato* do direito de propriedade e de outros direitos reais limitados objetos de posse.

A posse é o instrumento, o meio ou forma de se exercer o direito de propriedade e o direito real limitado, usando diretamente a coisa ou por meio de terceiro (fruído), ou resgatando o seu valor pela transferência do direito real e da posse a terceiro. É sobretudo o instrumento de utilização e aproveitamento da coisa pelo não-proprietário.

Além da condição subjetiva e individualista de servir ao proprietário, a posse cada vez mais amplia o seu conceito como instrumento objetivo de exploração econômica e ética dos bens no interesse social.

Com a socialização do direito, relações de simples detenção vão-se transformando em posses amparadas pelos interditos, a exemplo da locação, em que o Direito Romano não reconhecia posse. Vai ampliando-se o círculo das posses dignas de autonomia e proteção, a ponto de se tornarem polêmicas e duvidosas certas relações que o nosso Código excluiu desse conceito.

3. Posse e detenção: conceito e distinção

A) A posse e a detenção segundo Savigny e Ihering

No início do século XIX, Savigny divulgou sua famosa teoria da posse, fruto do estudo e levantamento dos debates sobre o tema até então.

Para Savigny, tanto na posse como na detenção existe o *corpus* ou a presença física da coisa sob o poder do titular. Mas o que distingue os dois institutos é o aspecto subjetivo do exercício desse poder físico, o qual designou *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, ou conduta própria ou inerente ao dono, embora não se exija a convicção de dono, existente somente no proprietário. Na detenção só existe o *animus tenendi*, ou propósito de deter a coisa para o possuidor. Somente este último merece a proteção possessória.

Ihering contestou Savigny, arguindo que pode haver posse sem o *corpus* ou presença física da coisa, ou seja, posse à distância do

objeto, como nos exemplos que apontou, inclusive do material de construção em frente à obra, nos quais a relação de posse existe conforme a natureza e a destinação econômica da coisa, independente da sua proximidade ou sujeição ao possuidor. Com isso, foi ampliado e desmaterializado o conceito de posse.

Mas a contestação maior e de grande repercussão foi quanto à exigência de *animus* especial na posse, que Ihering considerou, e com razão, fenômeno subjetivo de difícil comprovação e propôs a solução que muitos códigos passaram a adotar, inclusive o nosso: o direito positivo é que deve apontar, de forma objetiva, as hipóteses de *detenções* ou de obstáculos legais à constituição da posse. E assim surgiu a teoria objetiva da posse, contrária à subjetiva de Savigny.

B) A detenção no Código Civil: os servidores da posse, a mera permissão ou tolerância, a violência, a clandestinidade e a precariedade

Após definir a posse no artigo 485, conforme já analisado supra, o Código se preocupou logo, no artigo 486, em considerar *possuidores* certos titulares de direito pessoal, de crédito ou obrigacional (locatário, comodatário, depositário etc.) e de direito real (usufrutuário, credor pignoratício, enfiteuta etc.), atribuindo-lhes a posse direta ou imediata da coisa objeto do contrato ou direito e, em consequência, a proteção possessória normal *erga omnes* e até contra o possuidor indireto. Isso porque, conforme a tradição romana, era negada aos mesmos a condição de possuidores, por não terem *animus domini* ou posse em nome próprio, mas sim em nome dos locadores, nu-proprietários etc. A fim de conciliar as situações, o Código reconheceu a estes últimos a qualidade de possuidores indiretos, o que importou em atribuir-lhes também a proteção possessória contra terceiros. Além disso, ficou limitado o efeito dessas posses diretas à proteção dos interditos, desde que o usucapão exige posse com *animus domini*, que não têm, bem como posse exclusiva, também ausente pelo desdobramento dessas posses em diretas e indiretas.

Em seguida o Código assim define uma das mais típicas hipóteses de detenção ou ausência de posse:

“Art. 487. Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”.

A doutrina comenta:

“Seria um desvio das realidades da vida, conceitua Meulenaere, dar a proteção possessória ao que exerce um poder em nome de outra pessoa.” (FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. Rio de Janeiro : v. 1, p. 13).

“Há que distinguir entre possuidor e servidor da posse.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado...*, v. 40, § 4.459, p. 302).

“O fâmulos da posse é aquele que, em razão de sua situação de dependência em relação a outra pessoa (ao dono ou possuidor), exerce sobre a coisa, não um poder próprio, mas dependente. Está a serviço da posse de outro, é instrumento mecânico de posse, mas não possuidor, como bem se expressou notável escritor.” (SANTOS, J. M. Carvalho. *C.C.B. inter-pr.* 7. ed. v.7, p. 31).

“Na posse direta, o possuidor exerce um poder próprio, fundado em título jurídico, ao passo que ao detentor de coisa alheia nenhum poder próprio assiste.” (BEVILACQUA, Clovis. *Dir. das coisas*. 5. ed. v. 1, p. 36).

“Pelo enunciado legal (art. 487) é possível extremar os aspectos relevantes e característicos da detenção: a) subordinação hierárquica entre o possuidor e o detentor por uma relação pessoal (LOPES, Serpa. *Curso*, v. 6, p. 124); b) o detentor conserva a posse em nome do possuidor, ou em cumprimento de ordens ou instruções suas; c) detentor é simples servidor da posse. Como exemplos de fâmulos da posse se apontam o operário que recebe do dono da obra os instrumentos necessários à execução dos serviços, o caseiro ou o empregado que zela por uma propriedade, por ordem do patrão.” (RJTJESP, n. 127, p. 175).

A doutrina e a jurisprudência apontam os seguintes exemplos de detentores: os parentes (filho, pai, sobrinho), os hóspedes, os empregados, prepostos, vigias, mandatários ou administradores de bens alheios, os agregados, os empreiteiros-construtores de obras, os sacerdotes em relação aos bens paroquiais, segundo o estatuto do Direito Canônico. Também o constituto possessório transforma formalmente o possuidor em detentor (SANTOS, op. cit., p. 65).

Em todos esses casos de detenção, a recusa do detentor em restituir a coisa ao possuidor importa em esbulho possessório, além de não autorizar a aquisição por usucapião, por falta do requisito essencial da posse.

Mas a mais veemente forma de detenção, em oposição ao conceito de posse, decorre do artigo 489, combinado com o artigo 497:

“Art. 489. É justa a posse que não for violenta, clandestina, ou precária”.

“Art. 497. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade”.

Existe até uma contradição aparente no artigo 489, cuja redação leva a supor que existe uma *posse* violenta, clandestina ou precária, quando na verdade os três fenômenos produzem típica e flagrante detenção, e não posse. Isso em relação à vítima do atentado à posse. Em relação a terceiros, o ofensor goza de proteção possessória, o que mostra a complexidade da posse e as razões sociais da sua proteção.

A violência, física ou moral, é o mais grave atentado à posse. É a sua tomada pela força ou intimidação. Logo que praticada e consumado o esbulho, o esbulhador se apresenta como o mais típico detentor da coisa em face do possuidor esbulhado. Donde a tranqüilidade do direito deste último de ser reintegrado, desde que reaja à agressão, inclusive pelo desforço imediato (art. 502).

Curioso é que a mera detenção violenta, se não enfrenta reação do ofendido, vai transformando-se na mais típica posse *animo domini*, gerando usucapião se atendidos os demais requisitos.

Também a ocupação clandestina da coisa, ou sem o conhecimento do possuidor, considera-se mera detenção, até que, pela publicidade ou notoriedade e a falta de reação, transmuda-se em posse com os mesmos efeitos da ocupação violenta sem reação. Havendo repulsa, tanto mais eficiente quanto mais rápida, a posse triunfará contra a detenção.

A terceira hipótese do artigo 489 é a chamada “posse precária”, que resulta do abuso de confiança do possuidor que, finda a posse concedida sob condição, recusa-se a restituir a coisa, transformando-se em detentor e esbulhador *ipso facto*. Segundo a doutrina, assim como a

posse violenta se equipara ao roubo e a posse clandestina se equipara ao furto, o abuso ou desobediência do possuidor precário se assemelha à apropriação indébita. Esta última hipótese ocorre nas posses convencionais com obrigação de restituir, a exemplo do comodato:

“Precária – também é a lição de Tito Fulgêncio, Da posse e das ações possessórias, n. 34, p. 34, ‘é a posse que se origina do abuso de confiança; alguém recebe uma coisa por um título que o obriga a restituição, em prazo certo ou incerto, como por empréstimo ou aluguel, e recusa injustamente fazer a entrega’. (TJSP. RT, n. 178, p. 153).

A locação obedece hoje a nova disciplina de proteção social e ação própria, de despejo, aproximada da possessória em certos casos.

Mera permissão ou tolerância. A parte inicial do art. 497 contém outra forma de detenção – “atos de mera permissão ou tolerância”, com caracteres próprios, a qual não se confunde com a posse precária já estudada. Caracterizam-se tais atos por se fundarem em relações de parentesco, familiaridade, amizade ou boavizinhança.

A jurisprudência assim tem decidido:

“O que ocorreu foi que as partes estavam em tratativas para a formação de um contrato de locação. Enquanto o contrato não se concluiu, permitiram os proprietários que a ré usasse as suas instalações e móveis para a exploração do seu negócio, o de restaurante. Mas as partes desentenderam-se, não chegando a formar o contrato de locação.

É a figura típica do art. 497 do CC e não do art. 487 aplicável ao fâmulos da posse”. (TJRJ. RDTJRJ, n. 4, p. 205).

“Atos de mera permissão ou tolerância – Uso de área situada em terreno particular para a prática de competições esportivas (futebol) de recreação, mediante permissão ou tolerância (expressa ou tácita) do proprietário.

Concessão precária, provisória, que a qualquer tempo poderá ser cassada pelo possuidor, a seu nuto, não assistindo ao beneficiário direito algum, a qualquer título, em face do art. 497 do CC. Ação de reintegração de posse julgada improcedente. Sentença confirmada.” (TJSC. JC, n. 63, p. 111).

“...simples autorização não configura qualquer contrato, nem espelha a hipótese do art. 486 do CC, mas sim a do art. 497, que dispõe: “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância,”

.....
“O ilustre Orozimbo Nonato, de forma magnífica, em voto lapidar, proferido no colendo STF, ressaltou: ‘...os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse’. Ora, é isso exatamente o que dispõe o art. 497 do CC, atendendo à necessidade de adversar o abuso de confiança e à origem daqueles atos, resultando de ‘uma officiosidade, de uma familiaridade, de uma relação de boa-vizinhança’ (Fulgêncio. *Posse*, p. 75). Já estava no Dig., L 41, de adquir. vel amit. posses, que ‘qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere; quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit’. O que no caso importa, acima da natureza do ato, é ter ele fonte em, como diz Raviart (Des Actions Possessoires et du Bornage, n. 97), ‘une concession bénévole et révocable du propriétaire du fond servant’ (ALCKMIN, J. G. R. de. *Repertório de Jurisprudência do CC* : Direito das coisas, n. 160). No mesmo Repertório, encontramos mais duas decisões dignas de nota. Na primeira, decidiu o Eg. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro que: ‘A ocupação do imóvel pelo autor, embora longa e incontestada, sempre foi, confessadamente, a título precário e por consentimento ou tolerância dos antecessores réus, de modo que não induz posse, *ex vi* do art. 497 do CC, e não é coberta pelos interditos contra o proprietário tolerante’ (op. cit., n. 162). A outra decisão, do atual e ilustre Ministro Rafael de Barros Monteiro, quando ainda integrava este eg. Tribunal, acentuou que: ‘Não induzem posse e não podem ser protegidos pelos interditos os atos praticados em virtude de mera permissão ou tolerância, porque pressupõem sempre esses atos uma autorização revogável ao arbítrio de quem a conferiu’ (op. cit., n. 163). O profundo Astolfo de Rezende, depois de reproduzir o texto de nosso Código e o do Digesto já indicado, ensina que: ‘Os atos de mera permissão ou tolerância são aqueles mediante os quais o proprietário, ou possuidor permi-

te a outrem tirar da coisa um proveito mais ou menos limitado, sem com isto renunciar ao seu direito’ (*A posse e sua proteção*, v. 2, p. 44). Em seguida, acrescenta: ‘É evidente que esses atos de tolerância não podem conferir a posse; é o exercício precário de um direito, mas não é posse. O que teve a permissão é apenas tolerado; exerce sobre a coisa, não um poder próprio, com *animus tenendi*, mas o poder de fato de outra pessoa’” (op. cit., v. 2, p. 44). (Ac. da 6ª C do TJSP na Ap. 221.336. Relator: Des. Souza Lima. *RJTJESP* n. 26, p. 99, reproduzido no *Código Civil nos tribunais*, de Darcy Arruda e outros. Jurídica Brasileira, 1993. art. 497, p. 3.384).

Resumindo, eis as modalidades de *detenções* previstas no Código ou os *obstáculos legais à posse* em nosso direito:

- a) as resultantes de violência, clandestinidade e precariedade ou abuso de confiança (arts. 489 e 497, 2ª parte);
- b) as situações dos fâmulos ou servidores da posse, que a exercem em nome de outras pessoas (art. 487);
- c) os atos decorrentes de mera permissão ou tolerância dos verdadeiros possuidores (art. 497, 1ª parte).

Existe uma semelhança ou proximidade de conceitos entre três hipóteses distintas: 1) alguém pode receber um imóvel em comodato (gerador de posse precária, que se transforma em detenção por abuso de confiança – art. 489, final), desde que exerça posse exclusiva; 2) pode usar o mesmo imóvel em nome do proprietário ou possuidor, como servidor da posse ou preposto, recebendo ordens e instruções (art. 487); 3) e pode obter permissão ou tolerância para usá-lo precariamente, tanto mais patente quando não exclua a presença do possuidor (art. 497). A relação de parentesco, familiaridade, amizade, boa-vizinhança e similares caracterizam, salvo prova em contrário, a mera permissão ou tolerância, conforme já o atestava o Digesto no século VI, citado acima. A detenção afasta, inclusive, a prescrição aquisitiva, por ausência do requisito essencial da posse.

A despeito desses parâmetros legais, as relações e distinções entre a posse e a detenção se tornam complexas na prática, podendo variar conforme as situações de fato e seus desdobramentos ou transformações ao longo do tempo,

a conduta das partes, as inversões dos títulos que convertem posse em nome alheio em posse em nome próprio e detenções em posses autênticas. Acrescente-se a tudo isso o grande risco da produção da prova, em matéria tão dependente dos fatos. Os interessados que se acautelem.

4. As fontes da posse

O sistema das fontes da posse pode ser assim esquematizado:

Atos materiais: a simples ocupação ou apreensão material das coisas, forma primitiva que ainda se aplica aos objetos sem dono e às coisas abandonadas.

Atos jurídicos lícitos: declarações unilaterais de vontade, contratos, inclusive o constituto possessório.

Atos ilícitos: a violência, a clandestinidade e o abuso de confiança. Parece contraditório. O Código não considera posse, mas simples detenção, os atos de apreensão da coisa pela violência física ou ameaça, a apreensão clandestina e a decorrente de posse precária ou por abuso de confiança, equiparados, respectivamente, aos crimes de roubo, furto e apropriação indébita. Assim que isso ocorra, o possuidor esbulhado pode restaurar sua posse e pôr fim à detenção injusta, pelos meios legais. Mas se não houver reação, pode-se estabelecer uma nova posse em favor do esbulhador e até com a pretensão de dono ou *ad usucapionem*. Tanto que a maioria das ações de usucapião decorre da posse clandestina (detenção) ou por omissão de vigilância, a qual se torna pública e se legitima pelo decurso do tempo.

Constituição de direitos reais: em suas variadas formas.

Posse por acessão: art. 536 do CC.

Posse "ex vi legis": sucessão hereditária (art. 1572).

5. Os efeitos da posse. Posse *ad interdicta* e *ad usucapionem*. Inversão do título.

Entre os efeitos da posse, destacam-se a proteção possessória e a aquisição do domínio por usucapião.

A proteção possessória é mais ampla, inerente a todas as posses. Já a aquisição do domínio ou do direito real por meio da posse exige posse qualificada ou mais restrita. Somente as

posses com *animus domini*, ou seja, com pretensão de vir a ser dono da coisa, conduzem ao usucapião. Tanto o Código Civil como as Constituições se referem a esse requisito com a expressão "possuir como seu". Por exclusão, não se consideram como tais (embora o sejam *ad interdicta*) as posses contratuais (decorrentes de comodato, locação, depósito, usufruto e similares), em que o possuidor reconhece o domínio de outrem e também porque essas posses se desdobram em direta e indireta, pelo que perde o caráter de exclusiva a posse do possuidor direto. Abre-se exceção à promessa de compra e venda, com o mesmo caráter de posse contratual. O STF não a considerava posse *animus domini*. Mas o STJ vem mudando de orientação, reconhecendo que o promitente comprador tem pretensão inegável de dono e até posse com justo título para efeito de usucapião ordinário (REsp. 32.972 SP, 3ª T., DJU, 10 jun. 1996, p. 20.320).

Já as posses ditas violenta, clandestina e precária (com abuso de confiança) não passam de *detenções*, eis que a posse pertence ao esbulhado, que a poderá recuperar pelos interditos. Não obstante tais vícios de origem, essas detenções podem se transformar, com o passar do tempo e a omissão dos ofendidos, em autênticas posses *ad usucapionem*, com o requisito "possuir como seu", que marcou a pretensão do esbulhador desde a prática de seu atentado à posse. Tanto que se reconhece hoje a posse do ladrão como apta à prescrição aquisitiva, ante a omissão da vítima e o decurso do prazo legal. São as mudanças de concepções, decorrentes da socialização do direito e da autonomia da posse como valor ou utilidade social, capaz de se transformar em domínio independente de sua origem criminosa. O ato ilícito ou criminoso será cobrado na alçada própria, preservadas as técnicas de aquisição dos bens no interesse maior da sociedade como um todo.

Obviamente, o simples detentor, como o define a lei, nem sequer *possui* a coisa e muito menos "como sua". Mas pode vir a ocorrer uma *inversão* do fenômeno, com a conversão do detentor em possuidor, assim como o possuidor em nome alheio (comodatário, locatário etc.) se converte eventualmente em possuidor em nome próprio, passando a agir como se fora dono, afrontando a outra parte, que não reage no prazo legal, ensejando a prescrição aquisitiva. Esse o sistema complexo da posse e seus efeitos, tão jungido aos fatos e circunstâncias variáveis da vida social.

6. Natureza da posse: fato ou direito; direito real ou obrigacional

Todo direito emana do fato (*ex facto jus oritur*). A própria compra e venda é um fato e um direito subjetivo regulado pelo direito objetivo por meio do contrato respectivo. Todo direito subjetivo é antes de tudo um fato (regulado pelo direito). A posse não foge a essa regra. É um fato relevante para o Direito, ou fato jurídico ou jurígeno, gerador de direitos subjetivos. É a condição ou o instrumento para o exercício do direito de propriedade e de outros direitos reais e obrigacionais. Mas é também um direito subjetivo tutelado por si mesmo, como valor econômico autônomo, inclusive a posse do não-proprietário, que é o maior objeto da disciplina possessória, conforme a definição de Luiz da Cunha Gonçalves, para quem a posse é a “intenção de exercer um direito por quem não é titular dele” (op. cit.).

Outra polêmica diz respeito à natureza real ou obrigacional do direito de posse. Isso não se confunde com a origem ou fonte da posse (já analisada), que pode decorrer de um direito real (propriedade, usufruto) ou de um direito obrigacional (locação, comodato).

Embora tendo por fonte imediata um direito obrigacional, como a locação, a posse no caso, procede do direito real de usar a coisa por meio de terceiro (fruir).

Não se confunde a natureza da posse com o seu objeto, ou seja, se pode recair somente sobre coisas corpóreas ou também sobre direitos pessoais (adiante).

Quanto à natureza real ou obrigacional do instituto, a dúvida surgiu porque o Código, de forma aparentemente equívoca, não incluiu a posse na enumeração taxativa dos direitos reais (art. 674), mas colocou a sua disciplina no Título I do Direito das Coisas. Seria um direito *especial*, instrumento indispensável e manifestação dos direitos reais. Além disso, como manifestação da propriedade, tem a mesma natureza de direito *erga omnes*, inerente aos direitos reais. O que lhe falta é o *exercício de direito* dos poderes inerentes ao direito real. Por isso não foi catalogado como direito real típico.

7. Objeto da posse. Os direitos pessoais

A posse das coisas materiais e dos direitos reais tem sido a regra. A posse dos direitos pessoais tem sido admitida e contestada através

dos tempos. Por influência do Direito Canônico, foi admitida a defesa da jurisdição eclesiástica pelos interditos possessórios. Rui Barbosa sustentou a tese na defesa de funcionários públicos demitidos, pretendendo a sua reintegração nas funções. Mas, contra tais atos de autoridades, dispomos hoje do mandado de segurança, com garantia liminar *initio litis*. Outras situações atípicas, inclusive obrigações de fazer e não fazer, encontram solução nas ações de preceito cominatório e até na ação civil pública. Por isso a discussão sobre a posse dos direitos pessoais perdeu o seu interesse.

Em acórdão unânime do 1º TAC-SP, na Ap. 267.130, relatada pelo Juiz Arruda Alvim, foi decidido que:

“Descabe ação possessória contra a TELESP para religar linha telefônica. As modernas teorias sobre a posse evidenciam o descabimento da ação possessória na espécie.” (RT, n. 546, p. 117).

Do substancioso acórdão extraímos os seguintes lances:

“6 – A doutrina no Direito Comparado e brasileiro embasa a fundamentação deste acórdão – a posse dos direitos pessoais, como se disse, é peremptoriamente inadmitida nos sistemas contemporâneos: (segue-se a referência à Itália, Alemanha, França e Espanha).

A chamada ‘posse dos direitos pessoais’ tem sido objeto de monografias em nosso país, algumas contra o entendimento de que os remédios possessórios se confinam aos direitos reais (cf. RÁO, Vicente. *Posse de direitos pessoais*, São Paulo; LINS, Edmundo. RT, n. 62, p. 163; PRATES, Pacheco. *Teoria elementar da posse*. RT, n. 297, p. 783, e outros), ao passo que a maioria de entendimento doutrinário é no sentido de que a posse somente diz com os direitos reais (cf. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 6. ed. cap. 2, n. 18, p. 41-43; MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das coisas*. 14. ed. p. 26; FRANÇA, Rúbens Limongi. *A proteção possessória dos direitos pessoais e o mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958)”.

Não obstante os fundamentos supra, a tendência hoje é considerar o telefone um bem patrimonial objeto de posse, uso e locação, negociável, penhorável e, portanto, usucapível,

conforme as seguintes decisões do STJ e de outros tribunais: 3^a T. REsp. 41.611-RS. *DJU*, 30 maio 1994; 4^a T., REsp. 64627-SP. *DJU*, 25 set. 1995, *RT* n. 713, p. 226, n. 723, p. 298; *JTA* n. 145, p. 498).

Até os direitos reais típicos vão-se ampliando para atender às novas exigências (direito real de aquisição, alienação fiduciária em garantia, cessão de uso, direito de superfície). Logo, também os direitos pessoais de conteúdo patrimonial tendem a se objetivar para os efeitos de posse, proteção possessória e prescrição aquisitiva.

8. O fundamento da proteção possessória

A posse é o principal elemento ou requisito do usucapião. Por isso os fundamentos deste decorrem naturalmente dos fundamentos daquela, *mutatis mutandis*. Os fundamentos do usucapião são de duas ordens: subjetivos e objetivos ou individuais e sociais. Já dissemos a propósito do usucapião: sob o aspecto subjetivo, a perda da propriedade por usucapião tem a justificá-la a renúncia presumida do titular do direito real, em favor do possuidor. Assim se interpreta a sua atitude omissa ou negligente em relação à coisa, por todo o tempo previsto na lei. Sob o aspecto objetivo ou do interesse social, o usucapião é a garantia da estabilidade dos direitos reais. Não haveria segurança dos titulares de direitos reais se fosse possível investigar a legitimidade dos títulos de domínio através dos séculos. Por isso, o usucapião contribui para a paz social. E também para o progresso, estimulando a posse e uso das coisas, sobretudo dos imóveis.

Assim, também a defesa da posse tem a justificá-la fundamentos individuais ou subjetivos e valores sociais ou objetivos. As correntes individualistas vêm na proteção possessória a garantia da inviolabilidade de um importante direito subjetivo da pessoa e, portanto, desta mesma. Sendo a posse um instrumento necessário da propriedade, a proteção àquela seria o cinturão de defesa desta última, inclusive de forma mais rápida, mediante os interditos, dotados de eficácia *initio litis*, o que não ocorre com as ações em defesa da propriedade.

A visão social da posse vê na sua defesa a interdição da violência, das vias de fato e da justiça privada, a consagração das vias de direito e o monopólio estatal da Justiça, visando à ordem, à estabilidade dos direitos subjetivos e à paz social.

9. O novo conceito de posse e sua função social

Em tese de concurso para a livre-docência de Direito Civil na UFMG, sob o título *O fundamento da proteção possessória* (Imprensa da Universidade, BHte., 1964), o professor Adriano de Azevedo Andrade defendeu a autonomia da posse como bem econômico e jurídico independente da propriedade, sob novo conceito e motivação própria para proteção.

Refere-se ele à socialização e à democratização do direito neste século, a partir das idéias de Duguit (*Função social dos direitos subjetivos privados*), Jossierand (*Teoria do abuso dos direitos*), Gaston Morin e Georges Ripert (*Os novos direitos sociais*).

As Constituições mexicana de 1917, russa de 1918 e sobretudo a alemã de 1919 (Weimar) consagraram a função social da propriedade, seguida por todas as Constituições brasileiras a partir de 1934.

Segundo o professor Adriano, com suporte em Dusi e Ferranti, o novo Código Civil italiano (1942) “teve em vista, no fundamento da proteção da posse, não a presunção de domínio, mas assegurar o vínculo que se constitui em relação à coisa por *un’attività lavorativa o conservatrice*”. O novo conceito de posse leva em conta a *atividade*, e não a titularidade sobre a coisa. É a posse dinâmica em lugar do valor patrimonial estático que vigora no novo conceito econômico e social do instituto. E conclui que a posse não deve ser apenas *justa* (não ser *vi, clam aut precario*), mas deve cumprir sua função econômica de atender às necessidades individuais e sociais.

Já em monografia anterior, como assistente do professor Darcy Bessone (Pesquisa em torno do conceito de posse. *Cadernos de Pesquisas*, n. 4, 1962), Adriano Andrade recomendava:

“A prova da posse consistirá em demonstrar em juízo a utilização atual e efetiva, por sua exploração econômica, segundo a natureza da coisa. Assim, nas áreas destinadas ao cultivo, a plantação feita; nas destinadas à construção, a edificação de prédios. Importa sempre, porém, a prova de utilização da coisa e a turbação pelo réu”. (p. 103).

E conclui:

“No mundo moderno, a riqueza deixou de ser representada pelo ouro acumulado ou pela extensão das terras. O que importa é a produção que delas se pode auferir. Eis

o motivo pelo qual a reforma agrária, que tem na desapropriação do uso uma de suas formas, constitui hoje um dos anseios mais fortes e mesmo revolucionários das camadas populares menos favorecidas.

O instituto jurídico da posse, embora não satisfaça integralmente essas exigências, pelo menos possibilita, em virtude da defesa concedida, a utilização econômica dos bens, que desse modo cumprem a finalidade primordial de servir aos homens.” (op. cit., p. 105).

Essa tese da ocupação e exploração efetiva do imóvel conforme sua destinação econômica vai conquistando prosélitos (VIANA, Marco Aurélio S. *Das ações possessórias*. São Paulo : Saraiva, 1985; THEODORO JR., Humberto. *A posse*. Vitória : Amages. 1986).

Aplicações dessa tese em nosso direito positivo posterior podem ser citadas:

a) usucapião especial rural, tendo como requisito a posse de área de terra, *tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família*, tendo nela sua moradia

(CF, art. 191, Lei 6.969/81);

b) usucapião especial urbano, tendo como requisito a posse de área *utilizada para moradia própria ou da família* (CF, art. 183);

c) desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural *que não esteja cumprindo sua função social* (CF, art. 184). A propriedade *produtiva* é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária (CF, art. 185, II);

d) a cobrança de imposto sobre a propriedade territorial rural em função do *grau de utilização* da terra, podendo o tributo anual atingir a alíquota de 20% do valor do imóvel classificado como latifúndio inexplorado – acima de 5.000 hectares, com grau de utilização até 30% (Lei 9.393/96). Ao cabo de cinco anos, portanto, o imóvel rural exemplificado será confiscado (100% de tributo sobre o respectivo valor) e destinado à reforma agrária para utilização plena.

Bibliografia

- ALCKMIN, J.G. Rodrigues de. *Repert. de jurisprud. do CC*. 2. ed. São Paulo : Max Limonad, art. 485.
- ANDRADE, Adriano de Azevedo. *O fundamento da proteção possessória*. Belo Horizonte : Imprensa da Universidade, 1964.
- _____. Pesquisa em torno do conceito de posse. *Cadernos de Pesquisas*, 1962. n. 4.
- BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- _____. *Aulas de Direito Civil*. Belo Horizonte : Gráfica da Fac. de Direito, 1963.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1.
- BUSSADA, Wilson. *CCB interpret. pelos tribunais*. Rio de Janeiro : Liber Juris, art. 485.
- CARVALHO SANTOS, J.M. *CCB interpret.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, v. 7. 6. ed.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Dir. Civil*. São Paulo : Max Limonad, v. 3, t. 2.
- _____. *Princípios de Dir. Civil brasileiro*. São Paulo : Max Limonad, 1955. v. 1.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, condomínio e direitos autorais*. Rio de Janeiro : Conquista, 1956.
- LAFAYETTE. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos.
- MIRANDA JR., Darcy Arruda. *Cód. Civil nos tribunais*. São Paulo : Jurídica Brasileira, art. 485.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Dir. Privado*. 2.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, v. 10.
- REZENDE, Astolfo. *A posse e sua proteção*. São Paulo : Saraiva, 1937.
- THEODORO JR., Humberto. *A Posse*. Vitória : Amages, 1986.
- VILAS BOAS, Antonio Martins. *Breve estudo sobre a posse*. Belo Horizonte : Gráfica da Fac. Direito da UFMG, 1977.
- VIANA, Marco Aurélio. *Das ações possessórias*. São Paulo : Saraiva, 1985.

Novas considerações sobre o crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições

SÍLVIO DOBROWOLSKI

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Aspectos políticos e econômicos. 3. Natureza arbitrária da pena para a omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. 4. A indeclinável responsabilidade subjetiva. 5. Excludente supralegal de culpabilidade. 6. Colisão de deveres e exclusão da antijuridicidade. 7. Considerações finais.

1. Introdução

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, enquadra entre os primeiros, no seu artigo 2º, inciso II, o que passou a ser conhecido como omissão de recolhimento de tributos e contribuições, com o seguinte recorte típico:

“deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; (...) Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

Examinada, em outra oportunidade, a constitucionalidade do dispositivo, apresenta-se conveniente estudar algumas questões pertinentes a essa figura delitiva, especialmente a exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade. De rever, também, aspectos políticos e econômicos a ela relacionados, bem ainda discutir a pena exacerbada relativamente às contribuições previdenciárias.

Sílvio Dobrowolski é Professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do curso de Pós-graduação em Direito da UNIVALI. Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Doutor em Direito.

2. Aspectos políticos e econômicos

Em seu livro “A política: lógica e método nas ciências sociais”, Giovanni Sartori, anali-

sando a formação da opinião pública por meio da mídia, em nosso tempo, afirma que estamos vivendo em “um mundo estruturado em fluxos erráticos de comunicação de massa”, que é, segundo o autor, “um mundo que flutua mediante movimentos relâmpagos de opinião e de paixão”. Para o cientista social italiano, trata-se de consequência do bombardeio de mensagens, especialmente quando vinculadas a imagens dos meios televisivos, que torna mais fácil “manipular e mobilizar massas de homens, ora numa direção ora em outra”. “Os efeitos de contágio e de reforço das comunicações audiovisuais – segundo esse autor – produzem histerismos, ascensões ou explosões mal previsíveis, que fogem a qualquer controle”(Sartori, 1981, p. 251-252).

Os sistemas de comunicação tornam-se em instrumentos de controle e manipulação da opinião pública, permitindo aos detentores do poder o seu uso para impor idéias e atitudes às pessoas. No Brasil, a lembrança de anos recentes da nossa História mostra como a mídia vem sendo empregada para conformar o povo aos desejos de certos grupos políticos, mantendo-o em condição de ser dirigido de acordo à vontade e aos interesses dos manipuladores. Da caça aos marajás do serviço público, o “salvador da pátria” passou à perseguição aos especuladores, com o nunca imaginado seqüestro da poupança e das contas bancárias de todos os brasileiros, enquanto se apregoava, por todas as estações de televisão, que tais medidas resolveriam os grandes problemas nacionais, entre eles a inflação e o descontrole das finanças públicas.

Com facilidade se apreende que é importante manter as pessoas ocupadas com os noticiários a respeito de certos fatos, desviando sua atenção dos problemas reais e das verdadeiras causas do mal-estar social, econômico e político. Não bastassem os “marajás” e os especuladores, era preciso oferecer mais um inimigo objetivo, para que as pessoas não se revoltassem com a indisponibilidade do seu dinheiro e deixassem de atentar à continuidade do regime inflacionário, a par da colocação em atividade do maior esquema de corrupção criado no País. Alto funcionário governamental, em rede de televisão, anunciou o novo alvo das investidas salvadoras: os empresários, sonegadores de tributos, responsáveis pelas dificuldades financeiras do Governo e da Previdência Social. Para isso, foi proposta verdadeira cruzada contra os maus pagadores de impostos e contribuições, empunhando-se como instrumento a Lei nº

8.137/90, ao depois, julgada insuficiente em relação ao sistema previdenciário, para o qual as penas foram fortemente agravadas, com a Lei nº 8.212/91.

Os donos de empresas foram sujeitos à extração pública. Perpassou, por todo o território nacional, a necessidade de puni-los, pois, além dos enormes lucros provenientes de sua atividade, descontavam contribuições dos salários de seus empregados e incluíam tributos no preço de suas mercadorias, deixando de “repasar” os respectivos valores aos cofres públicos. Os males da Previdência e das finanças estatais foram-lhes atribuídos. Os noticiários de televisão e da imprensa escrita divulgavam déficits do sistema, que seriam cobertos facilmente se pagos os débitos das empresas, exibindo-se a lista dos maiores devedores do sistema previdenciário e da Fazenda, que, posteriormente, foi sabido ser inexata, por nela estarem presentes dívidas já quitadas ou ainda em discussão administrativa ou, mesmo, regularmente parceladas. O remédio para o descalabro das finanças públicas e da Seguridade Social brasileira era receitado nas telas de tevê e nos jornais – a prisão dos devedores de contribuições sociais e de impostos. Tanto isso entrou no imaginário coletivo que, por volta de 1992, proposta ação criminal contra industriais de Joinville, no Estado de Santa Catarina, houve decreto de prisão preventiva, posteriormente revogado. Os jornais impressos e televisivos saudaram a ordem de custódia, como constituindo a medicina restauradora das finanças públicas.

Mais tarde, ficou-se sabendo que, muito pior do que a omissão de recolhimento, era o desvio dos recursos públicos e previdenciários. Promoveu-se, então, a campanha de punição dos corruptos e dos fraudadores, que ainda continua na ordem do dia.

Investiu-se, depois, contra aposentados, servidores públicos e juízes, cujas supostas regalias na inatividade promovem a sangria da Previdência e dos cofres estatais. Os “privilégios” do Judiciário transformaram-no em “inimigo público”, necessitado de controle externo e da redução de suas aposentadorias e dos seus poderes. Acoimado de lento, de corporativista e de burocrático, foi indicado como responsável por grande parte dos males que nos afligem, tendo havido quem dissesse que a aplicação da Carta Magna pelo Supremo Tribunal Federal trazia prejuízo para as finanças estatais. Na ordem do dia, está a indeclinável reforma da Constituição, esta que, desde muito, é apontada como

causa de descontrole financeiro e de ingovernabilidade. Sabe-se, no entanto, que as modificações constitucionais fazem parte de programa desenvolvido por setores neoliberais, para extirpar os traços institucionais do Estado Social de Direito, tornando mais fácil a dominação capitalista internacional. Tratar-se-ia, segundo alguns, de esquema ideado pelo G7, para transformar a América Latina em reservatório de mão-de-obra barata, a exemplo da China e dos “tigres” asiáticos. A recente crise das bolsas na Ásia permite compreender o poderio do capitalismo internacional, que efetuou a derrubada de várias economias, aparentemente promissoras, por meio de simples manobras nas bolsas de valores. Por sua vez, a caça aos sonegadores, fraudadores e especuladores vinculou-se à ideologia do “law and order”, política criada para permitir aos Estados Unidos a perseguição aos traficantes de tóxicos, nos países latino-americanos.

De qualquer modo, exista ou não esse plano, que um autor como Luiz Alberto Warat designa de “plano neonazista para a América Latina”, a campanha contra os devedores da Previdência e da Fazenda Pública criou, no imaginário social, a certeza da irremissível culpa dos empresários. É verdade que são encontráveis, cada vez mais, decisões judiciais promovendo as distinções necessárias entre os acusados que nenhuma justificativa podem oferecer para a omissão de recolhimento e os casos em que, os azares da atividade econômica, tornam razoável a opção entre fechar o empreendimento, entregando-o, na maior parte das vezes, para especuladores estrangeiros, ou prosseguir deixando de pagar tributos e contribuições, durante algum tempo, para assim preservar os postos de trabalho dos empregados. Essa questão do desemprego constitui problema gravíssimo, que os arautos do neoliberalismo e da globalização se mostram absolutamente incapazes de resolver, como demonstra o seu avanço, não apenas no Terceiro, mas também no Primeiro Mundo.

De qualquer forma, no País, a aplicação draconiana das leis sobre omissão de recolhimento nenhum efeito notável teve nas finanças estatais e da Previdência, porque, depois de aprovada a emenda da Reeleição, se não passarem as Reformas Administrativa e Previdenciária, tudo estará perdido, segundo o discurso oficial, repetido à exaustão pela mídia. Na verdade, houve algumas conseqüências, como punir alguns empresários e tornar essa atividade desinteressante, porque, agora, aqueles, além de po-

derem vir a falir, por se encontrarem em estado de insolvência, também irão para a cadeia...

Outro resultado, ligado ainda aos malsandos planos econômicos e à abertura repentina e descontrolada do mercado brasileiro aos produtos estrangeiros, foi a desnacionalização de muitas das grandes companhias brasileiras, como as duzentas que, em 1997, segundo a *Revista Exame* (nº 655, fev. 1998, matéria de capa), “passaram ao controle de gente de fora”. Deve-se anotar que os titulares do capital vindo do exterior ficam inacessíveis às punições por omissão de recolhimento, uma vez que, diferentemente de boa parte das empresas nacionais, conservam a separação entre a posse do dinheiro e a atividade gerencial das companhias. Os detentores do poder econômico preservam sua liberdade de atuação, enquanto seus agentes executivos, como títeres, poderão sofrer sanções.

3. Natureza arbitrária da pena para a omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias

Acerca do artigo 95 da Lei nº 8.212/91, que trata da omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, o Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em trabalho doutrinário publicado na Revista daquela Corte (Rosa, 1996, p. 97), considerou-a um retrocesso, por duas razões: a equiparação, *quoad poenam*, à apropriação indébita prevista na lei que trata dos crimes contra o sistema financeiro e o excesso da reprimenda, quando comparada com a constante da Lei nº 8.137/90, na qual o tipo em questão era previsto anteriormente. Escreveu o magistrado:

“Não vejo por que não devesse ter permanecido o regramento da Lei nº 8.137/90, que pune os crimes contra a ordem tributária. Afinal de contas, a contribuição social é tributo, ou pelo menos deve respeitar seus princípios fundamentais, o que acaba por significar a mesma coisa. (...) A omissão no recolhimento das contribuições descontadas e no pagamento do salário-família com referência às cotas reembolsadas passou a ter um tratamento de uma rigidez exagerada. Essa lesão, quando dirigida à Previdência Social, resulta numa pena de 2 a 6 anos de reclusão. Mas, quando a vítima é o Erário, a pena é de 6 meses a 2 anos de detenção?”

Na primeira hipótese, o tributo era a contribuição previdenciária; na segunda, por exemplo, o imposto sobre produtos industrializados (IPI). Por que a diferença de tratamento? Lesar o sistema previdenciário é tão mais grave assim? Será esse o sentimento ético da nação?"

O questionamento mereceu resposta apropriada em parecer do Professor paranaense Clèmerson Merlin Clève, publicado na Revista dos Tribunais (Clève, 1997, p. 525). Após dizer desnecessária a norma sob enfoque, em vista de existirem meios legais eficientes para a cobrança dos créditos previdenciários, inclusive a previsão do art. 195, § 3º, da Constituição, que oferece instrumento coativo suficientemente forte para tal fim, o referido jurista qualificou-a de desproporcionada, "excessiva, desmedida, desajustada, irracional e desarrazoada". Segundo ele, o preceito quebra o princípio da proporcionalidade:

"O excesso da norma penal apontada, a sua irracionalidade, a falta de justa medida, decorre também da pena prevista para a conduta definida como criminosa. Deveras, ao crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, comina-se pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa, enquanto para aquele previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91 comina-se pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Não obstante, os tipos são os mesmos, distinguindo-se apenas na circunstância de que o segundo aplica-se unicamente a contribuições previdenciárias, enquanto o primeiro aplica-se aos demais tributos, inclusive as restantes contribuições. O bem tutelado pela segunda lei penal não é superior àquele tutelado pela primeira (aliás é, rigorosamente, o mesmo). Parece correto, portanto, afirmar que é descabida a previsão de penas distintas. Daí por que o fato de a segunda lei prever pena mais exasperada implica quebra do princípio da proporcionalidade na dimensão da justa medida, da razoabilidade e da racionalidade. Aliás, a simples circunstância de prever pena injustificadamente (desde o prisma constitucional) diferenciada para o crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias demonstra o aproveitamento utilitário da lei penal pelo Estado como remédio (desmedido, reitera-se) para a séria crise pela qual passa o sistema previdenciário. Há,

pois, no comportamento estatal, excesso, abuso, desvio de poder legislativo, desafiando, então, resposta judicial."

Na verdade, o caráter arbitrário da disposição da Lei nº 8.212/91 transparece quando se observa que ela contraria o princípio constitucional da igualdade. Como adequadamente assinalou o Juiz Fábio Rosa, é impossível detectar motivo para o tratamento grandemente favorável ao sistema previdenciário, em face das demais entidades estatais. No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, tal diferenciação somente seria admissível em havendo relação de pertinência lógica com a disparidade dos regimes outorgados pelo legislador, a qual deveria estar "fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público". A respeito, menciona o notável jurista que vantagens teriam "de ser conferidas prestigiando situações (...) compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional", e, "reversamente, não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva" (Mello, 1978, p. 54). Se o regime jurídico adotado pela Constituição para os tributos e as contribuições previdenciárias é em tudo idêntico, excetuado quanto à aplicabilidade do preceito do artigo 150, III, *b*, substituído, para as últimas, pelo consignado no artigo 195, § 6º, do Texto Maior, não há adequação lógica para a diferença de regime penal. Outrossim, nenhuma motivação constitucional é identificável para privilegiar a arrecadação a ser procedida pela autarquia previdenciária, comparativamente às demais entidades estatais. A Carta de 1988, indubitavelmente, emprestou às últimas conotação positiva, não parecendo razoável inferiorizá-las perante aquela, no tocante aos instrumentos coercitivos atribuídos na legislação infraconstitucional.

Norberto Bobbio, em seu livro "As Ideologias e o Poder em Crise", discorrendo sobre as diferenças entre o Estado de Direito e o estado de guerra, esclarece que a distinção repousa nas regras que estabelecem quando, de que modo, em que medida e contra quem pode e deve ser usada a força. Ao se referir à medida, escreve:

"No Estado de direito, a lei estabelece não só o *quando* e o *como* da força a empregar, mas também o *quanto*. Na verdade, o princípio que deve representar a proporção entre o crime e o castigo perde-se na noite dos tempos. Cortar a mão de quem rouba é tido hoje como um ato

bárbaro. Além disso, só uma Constituição que reconheça alguns direitos inalienáveis do indivíduo dá as condições necessárias para esse princípio ser aplicado e aceito. Um Estado que não reconheça a existência de indivíduos com direitos *invioláveis*, como diz a Constituição italiana [e igualmente a brasileira], não aplicará sutilezas quando tiver de medir a pena do delito. O mesmo acontece no estado de guerra, cuja pena principal é a pena de morte. Um Estado em guerra move-se pelo princípio não da proporcionalidade entre crime e castigo, mas, sempre que for necessário, pelo princípio oposto da desproporção (e do terrorismo): as Fossas Ardeatinas de Roma mostraram-no. Ali, a lei de guerra aplicada não foi a de olho por olho, mas a de dez por um. Um Estado em guerra é tanto mais forte quanto maior for a desproporcionalidade de sua resposta à violência do outro” (Bobbio, 1988, p. 101).

Se a campanha contra os omissos para com a Previdência é uma guerra, explica-se a agravação da pena. Porém, se o que se deseja é um Estado Constitucional de Direito, a norma sob exame ofende os princípios da proporcionalidade e da igualdade. É arbitrária e, portanto, injusta. Cabe declarar-lhe, em consequência, sua inconstitucionalidade, para que se limite a punição ao parâmetro da Lei nº 8.137/90.

4. A indeclinável responsabilidade subjetiva

O Judiciário, em muitos casos, aceitou as exigências de punição excessivamente severa dos omissos, alterando orientação tradicional a respeito que considerava a figura como um delito comum, a ser avaliado sem particularidades específicas e com observância das regras processuais asseguradoras da ampla defesa aos acusados.

Como exemplar da jurisprudência anterior, vale referir o julgado no Recurso Criminal nº 91.04.09823-4-RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (DJU, 24 jun. 1992. Seção 2.), no qual se exigiu perícia contábil, ainda no inquérito policial, que revelasse a disponibilidade do dinheiro, o que demonstraria a existência de omissão no recolhimento. Na ocasião, foi afirmado que se tratava de prova da materialidade do crime, pelos motivos assim enunciados:

“Acho que quando o empregador paga o seu empregado, paga descontan-

do o valor que deve ser recolhido à previdência social. Isso não quer dizer que ele tenha o dinheiro que deixou de pagar para o empregado, e que deve recolher à previdência social. Quando do pagamento ao empregado, constando do contracheque que foi descontado a título de previdência social, não faz presumir que haja a posse do dinheiro, mesmo porque essa presunção, em matéria penal, não pode ser válida.”

Nos processos posteriores à Lei nº 8.212, a modificação do entendimento foi simplesmente notável. Em razão de tratar-se de crime omissivo, alguns julgadores passaram a afastar a importância da demonstração de dificuldades financeiras, consagrando a responsabilidade objetiva. Tornou-se usual o indeferimento da realização de prova pericial, sob tal argumento. Como paradigma dessa orientação judicial, vale transcrever a ementa do acórdão do mesmo tribunal antes referido, na Apelação Criminal nº 95.04.02711-3-SC (DJU, 20 dez. 1995. Seção 2.), assim soante:

“O responsável por empresa que não recolhe as contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados infringe o disposto no art. 95, alínea *d*, da Lei nº 8.212/91, não lhe socorrendo a alegação de dificuldades financeiras, de boa-fé ou de desconhecimento da lei, por se tratar de crime formal omissivo, que se consuma com a omissão ou retardamento no recolhimento da contribuição.”

É comum transcrever, em abono do entendimento de serem descabidas quaisquer considerações justificativas da ausência de recolhimento de tributos e de contribuições, voto de lavra do Ministro Ari Pargendler, quando ainda exercia a judicatura no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com o teor seguinte:

“(…) quem deixa de recolhê-las [as contribuições previdenciárias] no prazo próprio está aproveitando recursos públicos para finalidades particulares. Nessa linha, toda e qualquer justificativa de tal conduta, para excluir-lhe a ilicitude, que se fundamenta em dificuldades financeiras da empresa, esbarra no fato de que ninguém pode se aproveitar da receita pública para auferir vantagens pessoais. Dificuldades financeiras são remediadas por empréstimos, sempre onerosos, nunca pelo ex-

pediente fácil de transformar recursos públicos em recursos privados (...)” (*Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 18, p. 230-231).

Cita-se, ainda, ementa em outro processo, do mesmo julgador, assim soante:

“Penal. Imposto de Renda Retido na Fonte. Não-recolhimento ao Tesouro Nacional. Lei nº 8.137, de 1990, art. 2º, II. Se a sociedade não tem condições de funcionar sem recolher o tributo retido na fonte por ocasião de pagamentos a terceiros, deve suspender ou encerrar as atividades – essa a conduta exigível (...)” (*Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 20, p. 200).

Na sua extrema concisão, o enunciado parece favorecer a hermenêutica em discussão. Porém, a leitura do voto demonstra a procedência da tese contrária. Consta na página 202 do repositório mencionado:

“(…) Quando alguém é surpreendido por uma fase ruim nos negócios e tem a expectativa de reverter a situação, até se pode compreender que lance mão de todos os meios para evitar a derrocada. O Apelado, no entanto, assumiu a presidência do Jockey Club do Rio Grande do Sul num momento em que já era crônica a inadimplência da obrigação de repassar os valores retidos na fonte. Mais do que isso, era evidente que, com os recursos normais de gestão, não havia como recuperar a capacidade financeira da sociedade (...)”.

Entre este pronunciamento e o anterior, observa-se uma evolução do pensamento do julgador, com o afastamento de uma postura pré-concebida, de certo influenciada pela campanha mencionada no início da presente exposição. A passagem, para uma consideração mais correta sob o ponto de vista jurídico, fica bem evidenciada em julgamentos posteriores, cujas ementas seguem adiante.

“Penal. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias. Crime que afeta a ordem tributária, não se caracterizando pelo inadimplemento eventual. A falta de recolhimento de tributos só constitui crime quando resulta da vontade do agente, nele não incidindo quem está temporariamente impossibilitado de cumprir as obrigações fiscais. A lei pune o inadimplemento enquanto opção do contribu-

inte, ou seja, quando a atividade empresarial só pode ser mantida à custa do não pagamento dos tributos ou quando o propósito é o de auferir ganhos através da evasão fiscal. Entre esses extremos – o daquele que resolve levar adiante seus negócios sem o pagamento dos tributos e o daquele que deixa de recolhê-los embora tenha condições para esse efeito – há uma graduação de casos em que o juiz deve decidir segundo a peculiaridade de cada qual. *Apelação provida*” (*Apelação criminal nº 95.04.15435-0-RS*, 2 de maio de 1995. *DJU*, 2 de ago. 1995. Seção 2.).

“Penal. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias. Crime que afeta a ordem tributária, não se caracterizando pelo inadimplemento eventual. A atividade empresarial embute riscos, implicando eventual insucesso nos negócios. Nem por isso o empresário malsucedido, que deixa de recolher as contribuições previdenciárias, é só por isso um delinqüente. O crime contra a ordem tributária supõe a intenção de manter a atividade empresarial sem o pagamento de tributos, aí sim caracterizando-se, tenha ou não a empresa condições de suportá-los. *Apelação improvida*” (*Apelação criminal nº 95.04.18834-6-RS*).

Para a concreta aplicação do direito justo é necessário deixar de encarar o empresário como se fosse inimigo público – o que, infelizmente, perpassa em muitas decisões judiciais. As generalizações, em matéria de comportamento social das diferentes categorias de pessoas, são perigosas e conduzem, via de regra, a erros, com conseqüências indesejáveis. Nem todos os homens de empresa são destituídos de escrúpulos e de ética, nem estão sempre prontos a tirar vantagem dos demais concidadãos e dos órgãos públicos. É preciso vê-los como seres humanos envolvidos com atividade sujeita a lances adversos, fora do controle da capacidade comum de previsão das pessoas. Quando vão mal nos seus negócios e deixam de honrar suas obrigações, por falta de recursos, não merecem execração como indivíduos de má vida, nem punição como se fossem autores de crimes.

A compreensão para com o indivíduo humano é método de interpretação dos fatos e das normas e instrumento de política criminal, na lição do antigo Tribunal Federal de Recursos (*Apelação Criminal nº 5.773 – BA. Revista do Tribunal Federal de Recursos*, n. 123, p. 270.).

Para isso, deve-se considerá-lo não apenas como pertencente a uma classe ou categoria profissional, muito menos exclusivamente com atenção a um só acontecimento ou situação. Haverá que observá-lo e às suas ações, sob todos os prismas, de modo que, vendo-o orteguianamente, “isto é, ele próprio, mas com todas as suas circunstâncias”, no dizer preciso do Ministro Washington Bolívar de Brito (op. cit.), poderá o juiz emitir provimento justo a respeito dele e de seus eventuais deslizes, principalmente quando não cheguem a apresentar coloração criminal.

Não basta a ocorrência do fato típico para a imposição da pena. Esta depende de existir a culpabilidade, que dela é pressuposto, além de ocorrer antijuridicidade. A imposição de reprimenda criminal a alguém “com fundamento no simples nexo de causalidade material”, “sem que tenha agido com dolo ou culpa ou sem que tenha ficado demonstrada sua culpabilidade”, é aplicação da responsabilidade penal objetiva, combatida, segundo Damásio de Jesus, pela doutrina moderna (Jesus, 1985, p. 397). Nesse sentido se manifesta Luiz Vicente Cernichiaro, anotando que a “concepção clássica e moderna do crime convergem para um ponto comum: o delito é obra do homem. Hoje, está banida da melhor doutrina a ressalva de a responsabilidade objetiva reforçar o Direito Penal, facilitando definir o delinqüente, prescindindo da busca de dados subjetivos” (Cernichiaro, 1990, p. 77). Em outro passo (p. 126), refere que o princípio constitucional da responsabilidade pessoal (Constituição, artigo 5º, inciso XLV) “impõe estar o delinqüente psicologicamente vinculado ao fato – infração penal”. E conclui:

“Em outros termos, consagra-se a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva, (...) contrasta com a Constituição.”

5. Excludente supralegal da culpabilidade

Grande parte dos casos de omissão de recolhimento resultaram dos problemas por que tem passado a economia nacional, mormente em razão dos fracassados planos econômicos. Assim, o Plano Collor provocou, no início da década de 90, problemas de liquidez nas empresas, cujos administradores, fiados na jurisprudência anterior, não tiveram dúvida em optar por deixar de pagar as exações públicas, a fim de enfrentar a situação difícil.

Entenderam os empresários que os problemas de liquidez, então ocorrentes, não admitiam

outra solução, exceto a de deixar de recolher as obrigações em razão das quais os respectivos credores não promovem a falência – os tributos e as contribuições sociais –, procurando pagar, na medida do possível, os empregados e as obrigações com fornecedores e instituições financeiras, a fim de manter o funcionamento das empresas, ainda que precário.

Na verdade, em tais circunstâncias, agir de outro modo seria desarrazoado. A ordem jurídica não obriga o empresário, em situações desse tipo, a forçar a paralisação do seu negócio, pelo não-pagamento de salários e de credores comerciais, para atender débitos de natureza fiscal e previdenciária. Também não determina a contratação de mútuos bancários, com o fim de pagar exações públicas, mesmo pela dificuldade de obtê-los em momentos críticos, e porque a extorsividade dos juros bancários praticados no país implicaria elevar o serviço da dívida a patamares incompatíveis com os resultados normais do comércio. É de lembrar, por último, que a lei de falências, Decreto-Lei nº 7.661/45, em seu artigo 186, inciso III, considera crime falimentar “o emprego de meios ruinosos para obter recursos”, como seriam as vendas de mercadorias ou de bens imóveis por preços inferiores aos vigentes no mercado, ou a contratação de mútuos a taxas elevadas.

Trata-se de situação de inexigibilidade de outra conduta, causa de exclusão da culpabilidade, admissível no direito brasileiro, conforme assentou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 2.492 – RS, em que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Francisco de Assis Toledo, e se lê na *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 15, p. 377-390, com a seguinte ementa:

“Penal e Processual Penal.

“Inexigibilidade de outra conduta.

Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada (...).”

Como afirma o culto Juiz Federal Celso Kipper, em trabalho doutrinário publicado na *Revista da Ajuris*,

“considerando que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (Constituição Federal, art. 170, *caput*) e possui como princípio a busca do pleno emprego (Constituição Federal, art. 170, inc. VIII), que os valores sociais do trabalho

e da livre iniciativa são fundamentos da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1º, inc. IV) e que, na prática, o país possui índices de desemprego e subemprego alarmantes, o não-recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, em casos de comprovada dificuldade econômica, não pode ensejar a punição do empresário, pois não lhe é lícito exigir o comportamento ditado pela norma penal em detrimento da existência da empresa e da subsistência do trabalhador” (Kipper, 1985, p. 330-331).

Na lição de Luiz Flávio Gomes:

“a) A culpabilidade e a responsabilidade penal nos crimes tributários não podem se afastar das premissas e das garantias do Direito Penal moderno. Culpabilidade é a possibilidade de se reprová-lo o autor do fato punível (injusto típico) porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia agir de modo diferente, conforme ao direito (exibibilidade de conduta diversa) (...) b) Tendo em vista as exigências mínimas de culpabilidade e de dolo ou de culpa para a existência do fato punível, pode-se falar hoje em responsabilidade penal objetiva: 1) quando alguém é punido sem ter atuado com dolo ou pelo menos com culpa ou 2) quando alguém é punido sem culpabilidade, i.e., sem ter podido, nas circunstâncias concretas do fato, ter atuado de modo diferente (dito de outra forma: quando era-lhe inexigível concretamente conduta diversa) (...)” (Gomes, 1995, p. 247).

Cumpra aqui repelir, *en passant*, uma possível afirmativa de que, sendo omissivo o delito em questão, descaberia a invocação de qualquer excludente da culpabilidade. Essa categoria de crime não oferece nenhuma peculiaridade nesse aspecto, pois, consoante ensinamento de Heleno Cláudio Fragoso, ela é, também para esse tipo de delito, “a reprovabilidade pela abstenção da atividade devida por parte de quem podia agir diversamente, ou seja, ocorrendo exigibilidade de comportamento conforme ao direito” (Fragoso, 1986, p. 249). Conseqüentemente, na presença de graves dificuldades financeiras, é preciso reconhecer a inexistência de culpabilidade, em hipóteses como as aqui enfocadas.

A jurisprudência, como se colhe nos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Re-

gião, cujas ementas foram transcritas, admite caber a exclusão da culpabilidade de omissão de recolhimento por força de ocasionais dificuldades financeiras. Via de regra, considera necessária a realização de prova pericial, para perfeita demonstração da circunstância. Leiam-se as sínteses de julgados a seguir:

1. “Penal. Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Alegação de inexigibilidade de conduta diversa, dadas as graves dificuldades econômicas por que atravessava o contribuinte. (...) – Para ser considerada como causa de exclusão da reprovabilidade penal, a situação de absoluta impossibilidade de atendimento da obrigação de repasse aos cofres previdenciários das quantias descontadas aos salários dos empregados exige demonstração cabal, lastreada em perícia contábil. A simples prova testemunhal não a pode substituir (...)” (Apelação criminal nº 04.94.11700/RS. Relatora: Juíza Ellen Gracie Northfleet, DJU, p. 52-776, 21 set. 1994. Seção 2.).

2. “Penal. Contribuições previdenciárias. Ausência de recolhimento. Empresário. Prova. Perícia. Situação de insolvência. Novação da dívida. – 1. Impõe-se absolver empresário que deixa de recolher, na época devida, contribuições previdenciárias dos empregados se caracterizado, como na espécie, situação de insolvência (alegada desde o início e demonstrada com documentos que atestam, inclusive, existência de execução por credores de natureza diversa da ostentada por autarquia federal), se não provada existência de culpa ou dolo, além de não ter sido promovida imprescindível perícia técnica, pena de configurar-se confissão oblíqua, erigindo-se tipo penal fundado em responsabilidade objetiva (v. Inquérito nº 91.04.20638-0-RS. Relator: Juiz Volkmer de Castilho, DJU, 14 out. 1993, entre outros) (...)” (Apelação criminal nº 93.04.08911-5-RS. Relator: Juiz Osvaldo Alvarez, DJU, 29 set. 1993. Seção 2.).

Por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 95.04.15453-0-RS (DJU, 2 ago. 1995. Seção 2.), o Juiz Ari Pargendler teceu, em seu voto, considerações que merecem transcrição:

“Entre essa hipótese (de entidade que durante muitos anos exerceu suas ativi-

dades sem recolher tributos) e aquela em que a empresa tem recursos e deixa de recolher os tributos como meio de aumentar seus ganhos, há uma graduação de casos em que o juiz deve decidir segundo as peculiaridades de cada qual. Por exemplo, um empresário consciente de suas obrigações sociais, mas surpreendido por uma conjuntura desfavorável, pode, em tese, deixar de recolher durante um certo tempo os tributos, sem cometer crime contra a ordem tributária, se demonstrar que isso foi absolutamente indispensável à continuidade da empresa. Esse tempo não pode ser elástico ao ponto de ser confundido com a opção de quem resolve levar adiante seus negócios sem o pagamento dos tributos. (...) Aqui, se presumido o pagamento impositivo das faturas devidas pelo Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social, evidentemente o Apelante tinha um motivo justo para deixar de recolher as contribuições previdenciárias. Nessa linha, a perícia contábil era indispensável.”

De fundamental relevo esclarecer a ocorrência ou não de tais dificuldades financeiras. Negar a perícia, como tem acontecido em alguns processos, sob a justificativa de que à empresa cabe, tão-só, efetuar o “repasso” de tributos e contribuições aos cofres públicos, é cerceamento de defesa, decorrente, com certeza, do desígnio de punir em vista do acolhimento da responsabilidade objetiva. Se a defesa merece ser ampla, nos termos constitucionais, o processo criminal deve ser conduzido de forma a permitir que ela seja efetivamente exercitada, a fim de que o acusado possa demonstrar as suas alegações justificadoras. O contrário é transformar a lide penal em mero simulacro, impedindo que os pontos favoráveis ao réu possam ser claramente evidenciados e sejam produzidos elementos suficientes para gerar uma decisão absolutória.

Acaso as evidências documentais e orais não se apresentem suficientes para esclarecer tal ponto, deve o Juiz, de acordo ao prescrito no artigo 156 do Código de Processo Penal, “determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Se a prova defensiva não é bastante, a respeito, a busca da verdade real, prevalecente em matéria criminal, exige semelhante determinação. Nos precisos termos da Exposição de motivos do citado Código:

“AS PROVAS – VII – (...) o juiz deixará de ser um espectador inerte da produ-

ção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.”

6. Colisão de deveres e exclusão da antijuridicidade

Por outra parte, se a propriedade, nos termos definidos pela Constituição, deve atender à sua função social, consoante dispõe a Lei Maior no seu art. 5º, inciso XXIII, princípio cuja importância é realçada pela sua reiteração no artigo 170, III, cabe concluir que se impõe ao empresário, durante período de crise operacional, pagar os salários dos empregados e preservar a fonte produtiva, procurando honrar os créditos dos fornecedores para continuar recebendo os produtos necessários ao funcionamento da empresa. Se, como diz Fábio Konder Comparato, “o poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade” (Comparato, 1976, p. 419), cuida-se do dever de agir conforme a Constituição, com o prosseguimento na atividade, na forma possível, para exercer o papel social da empresa, continuando a produzir salários e bens, com vistas a superar as dificuldades, e ao posterior retorno à normalidade.

Adequada à espécie, a lição de Zaffaroni:

“Quando no caso concreto entra em jogo outra norma que ordena ou fomenta a ação que o tipo parece proibir, afigura-se-nos óbvio que não pode ser considerada proibida” (Zaffaroni, 1991, p. 256).

Para solucionar essa hipótese de colisão de deveres, cabe reconhecer o estado de necessidade, como causa de justificação da conduta atribuída ao acusado. O professor de Direito Penal da Universidade de Alcalá de Henares, Antonio Cuerda Riezu, em seu festejado estudo sobre o tema, estabelece:

“El conflicto de deberes hace desparecer el injusto de la conducta, siendo irrelevante que los deberes sean equivalentes o de desigual valor, de naturaleza activa u omissiva. Si el sujeto agente es-

coge el deber de mayor rango cuando existen diferencias valorativas y se cumple cualquiera de los dos deberes equivalentes, su conducta se ve justificada por la colisión de deberes”(Cuerda Riezu, 1984, p. 280).

Em versão livre:

“O conflito de deveres faz desaparecer o injusto da conduta, sendo irrelevante que os deveres sejam equivalentes ou de valor desigual, de natureza ativa ou omissiva. Se o agente escolhe o dever de maior hierarquia quando existem diferenças valorativas ou se cumpre qualquer dos dois deveres equivalentes, sua conduta se vê justificada pela colisão de deveres”.

A conservação do negócio, como anteriormente referido, é, sem objeção razoável, o dever de maior hierarquia, frente ao recolhimento de tributos para a Fazenda Nacional e os cofres da Previdência Social. E assim é porque da sobrevivência daquela resultará possível verter os valores devidos às últimas. A circunstancial omissão de pagamento por empresa em dificuldade financeira não inviabiliza a atividade estatal, pois muitas são as fontes que a sustentam. Fechar, contudo, o empreendimento representa, de certo, o fim de alguns postos de trabalho e, também, cerrar, em definitivo, esse manancial que fornece recursos para manter o próprio Estado. Se este é importante, a dívida de tributos não autoriza a destruição dos centros de produção de riqueza, sem a qual a própria organização estatal é incapaz de sobreviver.

A situação subsume-se na previsão do artigo 24 do Código Penal Brasileiro, de que não atua ilicitamente quem age em estado de necessidade, isto é, “quem pratica o fato que a lei define como crime para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. A causa excludente da antijuridicidade aplica-se aos crimes omissivos, nos quais, conforme preleciona Heleno Cláudio Fragoso, “a realização da conduta típica funciona como indício da ilicitude, que se exclui através de qualquer das causas gerais de justificação ou pela presença de dever oposto, de maior ou igual valor” (Fragoso, 1986, p. 240).

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em caso assemelhado, admitiu a ocorrência da justificativa pelo estado de necessi-

dade. Trata-se do acórdão na Apelação criminal nº 04.03243/92, RS, cujo Relator, o Juiz Fábio Rosa, assim resumiu o julgado:

“Criminal. Apropriação de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Comprovada crise financeira da empresa. Estado de necessidade. Materialidade. Dívida.

1. Se o empregador optou por pagar os salários dos obreiros, ao invés de recolher valores para a Previdência Social, não foi ilegítima sua conduta.

2. Estado de insolvência comprovado. Excludente de criminalidade reconhecida (...).”

É facilmente refutável argumento no sentido de que a ocorrência de problemas financeiros está dentro da previsão de quem exerce o comércio e, por isso, trata-se de perigo voluntariamente assumido e desejado. Em verdade, não se pode dizer que a crise brasileira dos primeiros anos da década de 90 – com problemas de liquidez e conseqüente insolvência – foi procurada pelos empresários. De igual modo, não existe dever legal, por absoluta falta de qualquer norma nesse sentido, para que o empresário enfrente semelhante situação de risco, às suas expensas.

7. Considerações finais

A campanha veiculada pela mídia, rotulando os omissos como autênticos inimigos da coletividade, levou à consideração das pessoas acusadas de tais delitos como merecedoras de forte reprimenda, sem lhes ser permitido oferecer justificativas para sua conduta. A pena, relativamente ao não-recolhimento de contribuições previdenciárias, contraria os princípios da proporcionalidade entre a gravidade do delito e a sua punição, e o da igualdade, quando comparada à omissão de recolhimento de outros tributos.

A consciência jurídica repele a responsabilidade objetiva em matéria criminal. Por isso, aplicam-se ao crime de omissão de recolhimento as causas excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade. A prova de tais circunstâncias, quando alegadas pela Defesa, deve ser a mais completa possível, abrangendo inclusive a realização de perícia na contabilidade da empresa, determinada, se for o caso, até de ofício, pelo Juiz do processo.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. Brasília : Editora Universidade de Brasília; São Paulo : Polis, 1988.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias : não-recolhimento : Art. 95, d, da Lei 8.212/91. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, p. 503-532, fev. 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.
- CUERDA RIEZU, Antonio. *La colisión de deberes en derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas. Responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 11, p. 245-252, jul./set. 1995.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1985. v. 1.
- KIPPER, Celso. Breves considerações sobre o não-recolhimento de contribuições previdenciárias. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 58, p. 323-332, jul. 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978.
- ROSA, Fábio Bittencourt. Crimes e seguridade social. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, v. 25, p. 91-103, jul./dez.1996.
- SARTORI, Giovanni. *A Política : lógica e método nas ciências sociais*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro : Revan, 1991.

Controle dos atos da Administração Pública

LAFAYETTE PONDE

A expressão “controle” tem tamanha amplitude que, a bem dizer, a vida social – ela própria – não é senão um processo contínuo de interação e controle. Seu conceito é um instrumento necessário da idéia de ordem e organização. E até poderíamos dizer que ele surgiu no Paraíso, com as primeiras palavras do Criador.

K. Mannheim observou que o controle é um derivado do poder:

“desde o princípio, a sensação humana do poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas. Por isto toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle. Nosso poder é avaliado pelo grau e extensão de nosso controle sobre os outros homens e, por sua vez, é controlado na medida em que os outros homens reagem sobre nossa vontade de nos controlar”. (MANNHEIM, K. *Liberdade, poder y planificacion democratica*. F.C.E., p. 70).

Diz-se assim de um “controle” com referência a toda ação de poder, próprio ou de outrem, e até mesmo em termos de ordem puramente mecânica, fala-se de um “controle” de tráfego, ou de horário, ou de tempo, como também do controle de uma epidemia, ou de uma situação social e política, ou de um “controle” de nervos e até de um maquinismo dotado de dispositivos de autocontrole, ou de “controle-remoto”.

Na linguagem jurídica, que é de certo modo “um uso especializado da linguagem comum” (HOOFT, V. *Arch, Phil Droit*, 1974, p. 19), a expressão é tomada ora naquele sentido amplo, ora mais restrito, como reexame de uma atividade programada, em correlação com um processo

de correção dos seus eventuais desvios. Em rigor, aliás, a característica do controle estará menos nesse reexame, sem o qual tais desvios passariam despercebidos, do que na prevenção ou correção deles. Esse reexame, verificação ou inspeção poderá preceder o controle ou coexistir com ele, mas, em si mesmo, não o define, senão um processo de conhecimento da situação e das circunstâncias em que as irregularidades poderão ocorrer, ou ter ocorrido.

São inúmeras as leis que dispõem sobre controle da Administração: controle de trânsito (Código Nacional), controle de aeronaves e a de pessoal da aviação civil (Código da Aeronáutica), controle monetário, de crédito, de capitais, controle fiscal, financeiro, de contabilidade (Constituição Federal 34,74)...

Se nessas leis a expressão traz sempre a idéia central de verificação e disciplina do exercício de atividades, em outras perde esse sentido, como, por exemplo, quando aludem a controle acionário para expressar um maior poder de decisão entre acionistas de uma empresa, ou dispõem sobre sociedades controladoras e controladas (Lei das S/A).

O termo, diz-se, vem do fato histórico do registro de um rol de atos jurídicos, exigido a partir de 1654, para efeito do pagamento de uma taxa: “c’est donc essentiellement opérer le rapprochement entre un rôle et un contre-rôle, dont le contrôle est une contraction” (BERGERON, G. *Fonctionnement de l’Etat* – (Colin) 51,52). Daí, duas versões: a do direito francês, segundo a qual o controle implica o reexame de um ato, ou situação jurídica, e outra, a do direito inglês, no sentido de poder diretivo, vigilância, predomínio sobre uma atividade programada.

O controle pode ser exercido pela Administração em relação com outro sujeito de direito (controle intersubjectivo) ou entre órgãos administrativos (controle interorgânico), aí incluídas, como órgãos indiretos do Estado, as entidades descentralizadas, com referência às quais o controle tem sido denominado “tutela”, expressão essa buscada de empréstimo no direito civil sob uma suposta analogia entre a incapacidade jurídica das pessoas a que ela, no direito privado, protege e a condição das entidades autárquicas, descentralizadas em relação ao Estado, providas de um menor poder e menos extensa capacidade de ação do que ele. Uma total analogia foi levada ao extremo de aplicar a essas entidades “toutes les règles sur l’incapacité des mineurs” e a ponto

de concluir que, tocadas de incapacidade puramente relativa, somente elas poderiam argüir, em seu proveito, nos termos do artigo 1125 do *Code Civil*, o vício que as pudesse prejudicar (MASPETIOL, R., LAROQUE, P. *La tutelle administrative*. 1930. p. 12 e segs.). Ainda hoje esse artifício subsiste, por mais que tenha sido refutado:

“enquanto a tutela civil é estabelecida a favor do incapaz, a tutela administrativa é instituída no interesse público”

e

“enquanto o tutor é um terceiro em relação ao menor, na descentralização administrativa a entidade descentralizada é um instrumento de ação e interesse do próprio Estado – ‘L’emploi en doctrine et en législation, du terme de tutelle a souvent été critique... Rien de plus banal d’autre part que deux notions distinctes soient désignées par le même mot” (CHAPUS, R. *Dr. Adm.* 1992. v.1, p. 301-302).

Em outros termos, no primeiro caso, a administração controla atividade alheia, tendo em vista os efeitos sociais dessa atividade. No segundo, a atividade controlada é a atividade da própria Administração, em função dos mesmos efeitos, mediante um mecanismo interno de elaboração de sua vontade, tendo em vista a conveniência e a regularidade de seu ato final. O regime jurídico desse autocontrole tem peculiaridades que o diferenciam, sob certos aspectos, já pela natureza das relações interorgânicas – umas de subordinação hierárquica, outras de colaboração entre unidades de um mesmo sistema, ou organização –, já pela autonomia conceitual das entidades descentralizadas, já pela especialidade do chamado controle financeiro, já pelo recurso administrativo como garantia da legalidade da ação administrativa e proteção dos direitos e interesses de terceiros.

Em qualquer caso, o controle pode ser preventivo ou repressivo, de legalidade ou de mérito, sobre atividade material ou ato jurídico.

O controle é preventivo quando antecede a emissão do ato controlado ou os efeitos deste. É repressivo quando incide sobre um ato já executado ou em execução. No controle de legalidade, o ato controlado é aferido por uma norma legal, no controle de mérito, por sua conveniência, oportunidade, ou critérios de ordem técnica. Diz-se externo o controle (Constituição, art. 70) quando o órgão que o

exerce é externo, em relação ao Poder a que pertence a autoridade que emite o ato controlado (CASULLI, V.R. *N. Digesto Ital.* Verb. “controllo”).

Mesmo quando interno, o ato de controle não participa da natureza do ato controlado. É sempre um ato em confronto com este. Não há entre eles unificação de vontade, nem de objetivos.

Houve tempo, é certo, em que uma primeira doutrina viu na colaboração do órgão de controle com o órgão controlado um “ato complexo”. Nessa doutrina, terá buscado inspiração o Supremo Tribunal Federal quando admitiu que

“a aposentadoria de funcionário, já aprovada pelo Tribunal de Contas é ato complexo e, como tal, não pode ser anulada pelo Executivo” (acórdãos. *R. Dir. Adm.* n. 73, p. 140-141); no mesmo sentido, o Trib. S. Paulo in *Rev. cit.* n. 80, p. 149.

O só enunciado da matéria põe em evidência dois atos distintos, com diferentes efeitos jurídicos – um, a aposentadoria, ato decisório, de efeito externo que desinveste o funcionário do serviço ativo e altera sua posição jurídica; o outro, a aprovação, de efeito interno, sobre o decreto da aposentadoria, não sobre a relação funcional.

Ato complexo é um ato único, indiviso, embora resultante de vontades distintas e homogêneas, nenhuma das quais idônea a constituir um ato administrativo à parte. Ato complexo é um decreto, formado pela co-participação do Presidente e do Ministro, sem que o ato de um ou de outro constitua isoladamente uma categoria jurídica de ato de Administração. Ato complexo é também a lei, elaborada pelo Congresso e pela sanção do Presidente ou, na falta dessa sanção, pela promulgação como um segundo ato do mesmo Congresso, em funcionamento diverso do primeiro.

O ato complexo é uma função de atos específicos, nenhum dos quais produz efeito isolado, senão quando simultaneamente se completam, integrados, na figura mesma de um ato único, indiviso. Este resulta de mais de uma vontade, seja de vários órgãos, seja de um mesmo órgão em momentos e formas diferentes (D’Alessio. *Instit. Dir. Amm.* v. 1, p. 171).

O controle não pressupõe subordinação, salvo quando corresponda a um dos atributos

do poder hierárquico, caso em que obedece a regras específicas. No controle intersubjetivo, o sujeito da atividade controlada figura na qualidade definida pela lei reguladora da relação jurídica, por exemplo, na licença para construir, a de proprietário (Código Civil, art. 572), na autorização para funcionamento de sociedade cooperativa, a de sociedade civil (Lei nº 5764, de 16-12-1971), na aprovação de loteamento, a de proprietário de terreno (lei municipal e legislação federal). Entre órgãos fora da hierarquia, a relação é de coordenação e o controle depende de lei expressa: é o caso do Tribunal de Contas sobre as aposentadorias, ou o do mesmo Tribunal e os responsáveis por bens e valores públicos (Constituição, art. 71). Igual é também a posição das entidades autárquicas, ou descentralizadas, por definição, autônomas, incompatíveis com a subordinação.

A hierarquia é peculiar às administrações centralizadas, cada uma com a sua própria composição orgânica: é uma articulação entre órgãos de uma mesma organização, uns com poder de comando sobre outros, em uma escala de graus – os superiores sobre os intermediários, estes sobre os inferiores –, todos com ação na mesma área de competência. Tal é a linha central da ordenação hierárquica: a identidade da competência e o poder de vigilância, de impor instruções e ordens, a que corresponde o dever de obediência do órgão subordinado. O traço mais característico do poder hierárquico é essa ingerência do grau superior sobre o inferior numa escala de poderes sobre uma competência comum.

É uma peculiaridade da Administração, desconhecida do Judiciário e do Legislativo (salvo, evidentemente, quanto a estes dois Poderes do Estado, a composição administrativa dos respectivos serviços de Secretaria – Constituição arts. 51, IV, 52, XIII, 96): a supremacia hierárquica, de que é expressão o poder de comando, é inconciliável com a independência dos graus da jurisdição, assim como com a função do Legislativo, para a qual não há outro limite senão o de ordem constitucional (quando se fala de “hierarquia das leis”); a expressão vale somente como especificação das competências que a Constituição delimita.

Observe-se que na *Administração* centralizada há também órgãos que, por sua composição ou pela natureza de suas atribuições, estão fora da hierarquia, e outros são até incompatíveis

com qualquer controle de outro órgão administrativo, como, por exemplo, os órgãos colegiais e os consultivos: os primeiros, porque sua deliberação deixaria de resultar da votação do *collegium* para ser mera execução da vontade de outrem; os segundos, porque sua submissão a esta vontade desnaturaria por inteiro sua função. É próprio do ato consultivo subsistir, ainda que não adotado pela autoridade decisória. Nem mesmo o parecer vinculante, ou “parecer conforme”, obriga ou constrange essa autoridade, que é sempre livre de o aceitar, ou não.

No controle hierárquico, o superior dispõe do poder de corrigir ou substituir o inferior, em matéria da competência comum. Há quem negue a essa substituição o caráter de ato de controle, porque “nesta hipótese haverá emissão de um ato novo, não o controle de ato existente” (V. R. Casulli). Mas é sempre necessário que a autoridade superior disponha de competência concorrente, até porque não haverá hierarquia se a lei atribuir ao órgão competência exclusiva.

Se a lei atribui a um órgão competência exclusiva para decidir sobre determinada matéria, nenhum outro pode conhecer dessa matéria, nem mesmo por via de recurso administrativo, salvo se este for admitido, também, por texto legal expresso:

“La compétence pour révoquer les actes appartient aussi à l'autorité supérieure, et ceci en vertu du contrôle hiérarchique qu'elle exerce sur l'autorité subalterne, réserve faite des cas dans lesquels la loi a expressément conféré à cette dernière la compétence dite *exclusive*, fait qui découle d'habitude du système de la déconcentration administrative” (M. Stassinopoulus. *Traité des Actes Adm.* 1954, 288. *R. Dr. Publ.*, n. 1954, p. 1099).

Por outro lado, observe-se que a relação de hierarquia, como aliás todas as relações entre órgãos de uma mesma entidade jurídica, são relações internas dessa entidade, nenhuma das quais tem direito próprio, nem personalidade.

Órgão administrativo é parcela do poder do Estado, instrumento das atividades (prerrogativas) do Estado. É uma parcela de sua estrutura. Órgãos administrativos não têm personalidade: são meros “centros de referência”, instituídos pela lei da organização. Não são *sujeitos de direitos*, mas centros de atuação jurídica (vg, no direito privado: o síndico, no condomínio – o inventariante, na sucessão

hereditária – art. 12, Código de Processo Civil). As relações entre os órgãos da mesma organização são relações jurídicas (relações *internas*, “interorgânicas”). As relações com outra organização ou entidades públicas, ou sujeitos outros de direito privado, são relações *externas* (intersubjetivas).

As *atribuições*, isto é, os *poderes* de cada órgão são atribuições e poderes do Estado. Este é que é o sujeito de direitos, jamais os seus órgãos. As relações entre um órgão e o Estado, de que ele é parcela, não são relações bilaterais: *órgão e Estado* não são dois sujeitos de direito (não obstante isso, a jurisprudência dos nossos tribunais tem admitido procedimento judicial entre órgãos e até *mandados de segurança* (de que é pressuposto conceitual a existência de *direito líquido e certo* (C. F. art. 5, LXIX – cf. *R. Trim. Dir. Públ.*, n. 3, p. 241; *R. Dir. Adm.* n. 191, p. 200; n. 157, p. 224; n. 108, p. 303; n. 98, p. 202; n. 45, p. 31 (R. Tribs. n. 280, p. 204; n. 295, p. 108; n. 291, p. 488...)).

Observe-se porém a esse respeito:

a) Órgão público não tem personalidade, não tem direitos próprios: é parcela da estrutura do Estado, mero instrumento de sua atividade. Não é “pessoa”, não é “sujeito de direitos”. Seus poderes são poderes do Estado.

b) É uma extravagância, “uma contradição irremediável admitir que o órgão seja ‘pessoa’ e, ao mesmo tempo elemento constitutivo de outra pessoa - o Estado” (ROMANO, S. *Frammenti*, p. 166). Tamanha contradição ainda mais se agrava quando se pretende que, além de uma suposta personalidade, seja ele titular de “direitos públicos subjectivos” (?) Esta figura jurídica, “*direitos públicos subjectivos*”, vem do direito germânico, para acentuar o contraste entre o “súdito” do Estado de polícia e o “cidadão”, do Estado de direito. Mas é uma proteção *individual* do cidadão, não do Estado:

“É uma figura em que aparece como titular o cidadão particular e como obrigado o poder público” (FLEINER, F. *inst. ed. Labor*, p. 143). - “são direitos que se baseiam de modo imediato sobre a personalidade e nisto se distinguem dos de direito privado” (JELLINEK, G. *Dottrina gen. Dir. Stato*, p. 30) e, de modo igual MAYER, O. *Dr. Admail*, v. 1, FORSTHOFF, etc...).

c) Tampouco se pode cogitar de representação: órgão não é “representante”... A representação jurídica, por definição, pressupõe

a coexistência necessária de três “pessoas”: o representante, o representado, o terceiro interessado na eventual relação ou situação jurídica. Nem há como buscar apoio nos “centros de referência” a que alude o art. 12 do Código de Processo Civil. (“inventariante”, “sindicó”, “curadores”, “procuradores”), incumbidos, por lei expressa, de prover em juízo (isto é, perante o Estado) direito de terceiros.

O ato de controle é ato puramente interno, embora tenha relevância jurídica, por efeito da qual pode contaminar, quando viciado, o ato final da administração, ou, no caso de controle intersubjetivo, o ato aprovado. Este, e não aquele ato, é que produz o efeito externo que pode incidir sobre relações subjetivas individuais.

Nossos Tribunais têm admitido por efeito de atos de controle a figura de “ato complexo”, condicionando a sua anulação judicial à co-participação simultânea do órgão controlador e do controlado – Tribunal de Contas e Presidente da República do Executivo (acórdãos. *R. Dir. Adm.*, n. 55, p. 99, id. n. 53, p. 216 e 224; id. n. 54, p. 275; n. 202, p. 221...).

No mesmo passo estarão os acórdãos segundo os quais “no caso de ato do Ministro, conhecido e aprovado pelo Presidente da República, o mandado de segurança é contra este” (Ver. For. 116, 192) ou “ato do Presidente da República” *endossando* ato ministerial, a competência é do Supremo Tribunal, único competente para em, mandado de segurança, reconhecer o direito negado pelo Presidente da República” (Sic. Voto vencedor – no caso, o Ministro indeferira pedido do interessado, “em obediência a despacho do Presidente da República, que aprovara o parecer do Consultor Geral” (Sic. *R. Tribs.*, n. 274, p. 848). No mesmo sentido *R. For.*, n. 166, p. 172 e 192, id. n. 144, p. 221.

A solução, em todos esses casos, poderia buscar fundamento, sem desfigurar a noção de ato complexo, no conceito de que o controle – a aprovação – é *conditio juris* da eficácia e validade do ato controlado, sobre o qual, necessariamente, repercute. (RANELLETT, O. *Le garantentie della giust nella pubbl. amni*, p. 255, 418).

O controle de legalidade incide sobre os elementos constitutivos do ato administrativo – a competência, o motivo ou causa, a forma, o objeto, o fim. Em princípio, o controle de mérito somente ocorre em relação a atos discricionários: o conteúdo dos atos vinculados é inteiramente fixado pela lei.

A discricionariedade é prerrogativa do poder administrativo: não está sujeita, pois, ao controle judiciário, a menos que seu exercício seja ilegal. Se o ato da autoridade administrativa é uma *escolha* legalmente fundada, não há como o juiz interfira ou controle seu exercício.

Mérito do ato administrativo: não confundir com o *mérito da causa*, do direito processual. Neste caso, o *mérito* opõe-se às *preliminares* do processo inicial. No direito administrativo, o *mérito* opõe-se à *legalidade*: é o resultado prático do ato administrativo, o objetivo a ser por ele provido. É a conveniência, a oportunidade da ação administrativa: a correlação entre este e o seu efeito final, o resultado efetivo da ação administrativa. O *controle de mérito* opõe-se ao controle de *legalidade*. O vício do mérito pode induzir a vício de legalidade. Este comporta controle judicial, aquele não (STF. *R. Dir. Adm.*, p. 183, n. 84; 190 p. 147; 2, 684; *R. Trim. Jur.* n. 68, p. 664; *R. Serv. Publ.*, v. 3, n. 4, p. 100, 1944.).

O vício de mérito pode induzir ilegalidade: por exemplo, medida policial intempestiva, ou omissa, ou – de qualquer modo – não estritamente necessária à manutenção da ordem pública.

Em outras palavras, o vício de mérito somente pode ocorrer nos atos discricionários. O mérito consiste na oportunidade e conveniência do ato em relação ao seu efeito ou resultado prático, independente de qualquer valoração jurídica. Se houver um erro nessa estimativa, haverá vício de mérito; se um erro na sua construção jurídica, vício de legalidade; ou, em outros termos:

“a oportunidade consiste em decidir se convém agir e como agir, ou não agir, haja ou não uma regulamentação jurídica” (ch. ERISMANN. *Cours. Dr. Adm.* 1983. v. 2, p. 282, 667 e segs.).

O vício de mérito que implique erro de ordem jurídica possibilita o controle de legalidade:

“as duas noções não se confundem nem se opõem: ‘a apreciação de legalidade e a de oportunidade podem ser concomitantes. O juiz, ao examinar a regularidade da decisão administrativa, pode, ao mesmo tempo, apreciar a sua oportunidade’” (DUBISSON, M. *La distinction entre la legalité et l’opportunité....* 1958, p. 59 e segs.).

Observe-se ainda que o vício de mérito somente ocorre em relação aos atos *discricionários*. Todavia, repita-se que não há *ato discricionário* por natureza, ou categoria específica. Um

ato administrativo pode ser discricionário, ou não, conforme a lei que regule a relação ou situação dele resultante. É um elemento circunstancial.

Não existe *ato* discricionário como categoria específica de ato administrativo. Tampouco existe ato revogável, ou ato irrevogável, por natureza. Poder discricionário não é arbítrio pessoal da autoridade. Jamais é possível, legalmente, arbítrio pessoal: haverá sempre uma vinculação legal do ato administrativo à competência do seu autor, assim como à qualificação do seu motivo, do seu objetivo e do fim de interesse público a que ele deva prover.

Não é só a liberdade de agir, própria de todo titular, sujeito de um direito, ou poder: no Direito Administrativo, não existe a “autonomia da vontade”, peculiar do direito privado. Neste, as pessoas atuam em razão dos seus próprios interesses, desde que não sejam ilícitos. Enquanto isto, o poder da autoridade é um dever

de decidir, nunca em seu proveito pessoal, mas sempre em razão de um motivo definido em lei e para o fim de interesse público, a que, ainda de acordo com essa lei, o efeito prático de sua ação deva corresponder.

Não há apreciação discricionária em relação ao fim (interesse público) nem à competência, ou à forma, ou ao efeito legal (objeto) do ato administrativo, mas tão-somente quanto à oportunidade e conveniência dos fatos supostos como sua causa ou motivação.

O fim é sempre de interesse público (o fim previsto na lei específica, em cada caso). Quando viciado, ocorrerá o “desvio de poder”. Quando esse desvio for em proveito particular, ainda que sob o falso pretexto de interesse público, haverá lesão de *moralidade administrativa*, fundada na “aplicação do princípio geral em virtude do qual a Administração não deve mentir” (JEANNEAU, B. *Les princ. gén. Dr. em la jurispr. adm.* 1954, p. 195).

Ação rescisória de decisão proferida em ação rescisória

BERNARDO PIMENTEL SOUZA

Ao tempo das Ordenações Filipinas² – aplicáveis ao Império do Brasil por força do art. 1º da Lei de 20 de outubro de 1823³ –, do Regulamento nº 737 de 1850⁴, da Consolidação Ribas de 1876⁵, do Decreto nº 763 de 1890⁶, do Decreto nº 3.084 de 1898⁷, e dos Códigos de Processo estaduais,⁸ não havia norma versando sobre a possibilidade, ou não, de ação rescisória de decisão proferida em anterior ação rescisória⁹. Isso deu ensejo à formulação de teses divergentes acerca do assunto. Uns defendiam a sua admissibilidade. Outros, a sua impossibilidade. Por fim, prevaleceu a tese da admissibilidade¹⁰, ao argumento de que, ao contrário do direito italiano¹¹, não havia em nosso ordenamento jurídico norma proibindo a rescisão de julgado proferido em ação rescisória¹².

O Código de Processo Civil brasileiro de 1939 admitiu expressamente, no art. 799, a propositura de ação rescisória impugnando decisão proferida em anterior ação rescisória, quando o julgado prolatado na rescisória antecedente tivesse sido proferido: a) por juiz peitado, impedido ou incompetente *ratione materiae*; b) com ofensa à coisa julgada; ou c) com base em prova cuja falsidade tivesse sido apurada posteriormente em juízo criminal¹³. Não admitia, no entanto, o Código de 1939 outra ação rescisória quando a decisão prolatada na rescisória antecedente tivesse sido proferida contra literal preceito de lei^{14, 15}.

O Código de Processo Civil de 1973 retornou às origens do direito brasileiro, ficando silente sobre a possibilidade ou não de desconstituição de decisão proferida em ação rescisória. Por isso, a solução do problema da sua admissibilidade, ou não, passa pelo estudo do nosso direito sob o ponto de vista histórico.

Antes do diploma de 1939, prevalecia a tese da admissibilidade. E não havia norma limitando os casos de rescisão do *decisum* proferido em ação rescisória¹⁶. Já o Código de 1939 impôs restrição à desconstituição de decisão prolatada em ação rescisória, pois não admitia ação rescisória para afastar violação a literal disposição de lei praticada por decisão proferida em anterior rescisória. Ao não repetir a regra inserta no art. 799 do diploma pretérito, o Código de 1973 optou pela orientação original do direito pátrio: a admissibilidade da rescisão de julgado prolatado em ação rescisória nas mesmas hipóteses em que é possível a desconstituição das decisões proferidas nas ações em geral.

Além disso, ao contrário do direito italiano¹⁷, o Código de 1973 não proíbe a rescisão de decisão proferida em ação rescisória^{18, 19}. Assim, e à luz do princípio de hermenêutica jurídica de que, onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir²⁰, é possível desconstituir julgado prolatado em ação rescisória desde que constatado algum dos vícios que autorizam a rescisão das decisões proferidas nas demais ações.

É preciso ter em mente que, como todas as decisões judiciais, as proferidas em ação rescisória também podem estar eivadas de vícios que possibilitam a rescisão dos julgados em geral²¹.

Não obstante os argumentos acima apresentados, chegou-se a afirmar que, com o advento do Código de 1973, as decisões proferidas em ação rescisória se tornaram irrescindíveis²². No entanto, tal orientação não prevaleceu entre os doutrinadores²³, tampouco logrou êxito nos tribunais²⁴. Vingou a tese da possibilidade da rescisão de *decisum* proferido em ação rescisória, em quaisquer das hipóteses do art. 485 do Código em vigor,^{25, 26 e 27} inclusive em caso de violação literal de disposição de lei por parte da decisão prolatada na ação rescisória antecedente²⁸.

Afastada a tese da irrescindibilidade dos julgados proferidos em ação rescisória, faz-se necessário fixar o limite a ser observado na propositura de ação rescisória de decisão prolatada em anterior rescisória. Só é possível discutir, em nova rescisória, vícios atinentes ao *decisum* proferido na rescisória antecedente^{29, 30}. Não pode, portanto, o inconformado repetir, em outra rescisória, o mesmo argumento³¹ que deu ensejo à propositura da anterior³². Se assim não fosse, o vício alegado na primeira rescisória

poderia ser ressuscitado em outras ações rescisórias, eternizando a solução do conflito de interesses e causando instabilidade nas relações jurídicas.

Para facilitar a compreensão do limite a ser observado na propositura de ação rescisória de julgado proferido em anterior ação rescisória, formulamos três exemplos:

1 – Ajuizou ação sob o rito ordinário contra *B*. Requereu a condenação de *B* no pagamento de indenização por danos material e moral. O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente a demanda, condenando *B* no pagamento de dano material. Deixou de impor condenação a título de dano moral, ao fundamento de que não é admissível a cumulação de indenizações por danos material e moral³³. Como o prazo recursal decorreu *in albis*, a sentença transitou em julgado. Apoiando-se no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, Apropôs ação rescisória para desconstituir a sentença, ao fundamento de que houve ofensa ao art. 159 do Código Civil e ao art. 5º, V e X, da Constituição Federal. A Seção Cível do Tribunal, à unanimidade de votos, julgou improcedente a ação rescisória. O acórdão passou em julgado. Não se dando por vencido, *A* ajuizou nova ação rescisória com fulcro no art. 485, V, do Código de 1973. Reiterou o argumento de que houve violação à literalidade do art. 159 do Código Civil, bem como do art. 5º, V e X, da Constituição de 1988, pois são cumuláveis as indenizações por danos material e moral. Na hipótese, a nova ação rescisória é inadmissível, pois se trata de mera repetição da rescisória antecedente, o que não é permitido em nosso direito.

2 – Ajuizou ação reivindicatória contra *B*. O juiz de primeiro grau julgou procedente a demanda, apoiando-se no título de domínio acostado à petição inicial. A sentença transitou em julgado. Em seguida, *B* constatou a falsidade do título de propriedade apresentado por *A*. Por essa razão, propôs ação rescisória com base no art. 485, VI, do Código de Processo Civil. A Seção Cível do Tribunal, por maioria de votos, julgou improcedente a ação rescisória. Insatisfeito, *B* interpôs embargos infringentes, os quais foram improvidos por maioria simples de votos. O acórdão passou em julgado. Posteriormente, *B* observou que um dos desembargadores que votou pelo improvimento dos embargos infringentes funcionou no processo como órgão do Ministério Público, chegando a ofertar parecer pela improcedência da ação rescisória. Apoiando-se nos arts. 134, II, e 485, II, do Código de 1973, *B* ajuizou outra ação rescisória. No caso, a

nova ação rescisória é admissível, pois o alegado vício diz respeito ao processo da rescisória antecedente, e não ao da ação reivindicatória.

3 – A ajuizou ação de investigação de paternidade contra B. O juiz de primeiro grau julgou procedente a demanda, apoiando-se na prova pericial de DNA. Inconformado, B apelou. A 1ª Turma Cível do Tribunal, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso. O acórdão passou em julgado. Posteriormente, B descobriu que a prova pericial de DNA era falsa. Por essa razão, propôs ação rescisória com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil. A Seção Cível do Tribunal, à unanimidade de votos, julgou improcedente a ação rescisória. O aresto transitou em julgado. Em seguida, B constatou que o julgamento ocorreu 24 horas depois da publicação da pauta, sem a participação do seu advogado. Verificou, ainda, que os autos não foram conclusos ao revisor, tendo o próprio relator pedido dia para julgamento. Apoiando-se nos arts. 485, V, 551, *caput* e § 2º, e 552, § 1º, do Código de 1973, B ajuizou outra ação rescisória. Na hipótese, como no exemplo anterior, a nova ação rescisória é admissível, já que os alegados vícios ocorreram na relação jurídica processual da ação rescisória, e não no processo de investigação de paternidade.

Em suma, o direito brasileiro admite ação rescisória de decisão proferida em anterior ação rescisória. O que não é permitido é repetir em outra ação rescisória o argumento utilizado na antecedente. A nova ação rescisória só pode versar sobre vício diretamente ligado à relação jurídica processual da anterior rescisória, e não da ação originária.

Embora já esteja assentado na doutrina e na jurisprudência que é possível desconstituir decisão proferida em ação rescisória, bem como o limite a ser observado na propositura de ação rescisória impugnando julgado prolatado em anterior rescisória, é conveniente inserir a matéria no Código de Processo Civil, a fim de se pôr, de uma vez por todas, um ponto final no assunto.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernando H. Mendes. *Ordenações Filipinas*. São Paulo : Saraiva, 1966. v. 3.

ANDRADE, Luís Antônio de. *Aspectos e inovações do código de processo civil*. Rio de Janeiro : F. Alves, 1974.

ANDRADE, Odilon de. *Código do processo civil e comercial do Districto Federal*. Rio de Janeiro : O Social, 1927. v. 1.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1946. v. 9.

ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al codice di procedura civile*. 2. ed. Nápoles : E. Jovene, 1945. v. 2.

EGAS, Eugênio, PUJOL, Alfredo. *Regulamento n.º 737 de 1850 : processo civil e commercial*. São Paulo : Espindola, Siqueira, 1898.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do processo do Estado da Bahia*. Bahia : Typ. Bahiana, 1916. v. 2.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1982. v. 2.

FRANCHI, L. *Cinque codici*. Milão : Ulrico Hoepli, 1933.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1975.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Código do processo civil e comercial do Estado de São Paulo*. São Paulo : Saraiva, 1930. v. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1949. v. 4.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 5.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil : aprovada pela resolução imperial de 28 de dezembro de 1876 e impressa por ordem do governo imperial*. Rio de Janeiro : Typographia nacional, 1878.

RIBEIRO, Artur. *Código do processo civil do Estado de Minas Geraes*. Belo Horizonte : Imprensa Oficial, 1922.

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de processo civil interpretado*. Rio de Janeiro; São Paulo : Freitas Bastos, 1947. v. 9.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 1.

VERGARA, Oswaldo. *Código do processo civil e comercial do Estado do Rio Grande do Sul*. 3. ed. Porto Alegre : Globo, 1936.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. v. 6.

Notas

¹ O vocábulo genérico “decisão” foi utilizado porque a nova ação rescisória pode ter como alvo tanto acórdão (como ocorre de regra) como decisão singular prolatada na ação rescisória antecedente. Exemplo de decisão monocrática proferida em ação rescisória que pode ser impugnada via outra ação rescisória é a prolatada por relator de ação rescisória que pronuncia a decadência e extingue o processo.

² ALMEIDA, Fernando H. Mendes. *Ordenações Filipinas*. São Paulo : Saraiva, 1966. v. 3, p. 278-279, especialmente o Título LXXV do Livro III.

³ Cf. Lei de 20 de outubro de 1823 – “Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados”. *Coleção das leis do Império do Brasil de 1823* : parte 1. Imprensa Nacional, 1887. p. 7-8, especialmente o art. 1º.

⁴ EGAS, Eugênio, PUJOL, Alfredo. *Regulamento nº 737 de 1850* : processo civil e commercial. São Paulo : Espindola, Siqueira, 1898. p. 151-152, arts. 680 e 681.

⁵ RIBAS, Antônio Joaquim. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil* : aprovada pela resolução imperial de 28 de dezembro de 1876 e impressa por ordem do governo imperial. Rio de Janeiro : Typographia nacional, 1878. art. 1.613.

⁶ Cf. Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, que mandava “observar no processo das causas cíveis em geral o regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções e outras providências”.

⁷ Cf. Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898 – Consolidação das leis referentes à Justiça Federal. Parte terceira, especialmente os arts. 99 a 102. *Coleção das leis da República do Brasil*. Rio de Janeiro : Imprensa nacional, 1900. v. 2, parte 2. p. 969-970.

⁸ ANDRADE, Odilon de. *Código do processo civil e commercial do Districto Federal*. Rio de Janeiro : O Social, 1927. v. 1, p. 178-179, arts. 302 e 303; ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do processo do Estado da Bahia*. Bahia : Typ. Bahiana, 1916. v. 2, p. 476-477, arts. 1.361 a 1.363; LEAL, Luiz Antônio da Câmara. *Código do processo civil e commercial do Estado de São Paulo*. Saraiva : São Paulo, 1930. v. 2, p. 341-361, arts. 358 a 367; RIBEIRO, Artur. *Código do processo civil do Estado de Minas Geraes*. Belo Horizonte : Imprensa Oficial, 1922. p. 30, arts. 173 a 174; e VERGARA, Oswaldo. *Código do processo civil e commercial do Estado do Rio Grande do Sul*. 3. ed. Porto Alegre : Globo, 1936. p. 485-487, arts. 1.054 a 1.057.

⁹ ANDRADE, Odilon de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1946. v. 9, p. 85; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de*

processo civil interpretado. Rio de Janeiro; São Paulo : Freitas Bastos, 1947. v. 9, p. 156.

¹⁰ ANDRADE, *Comentários*, v. 9, p. 85; SANTOS, J. M. C. op. cit., p. 156-158; e MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1976. p. 390.

¹¹ O art. 509 do *Codice di Procedura Civile* de 1865 dispunha: “La domanda di rivocazione non è ammessa contro le sentenze pronunziate in giudizio di rivocazione” (FRANCHI, L. *Cinque codici*. Milão : Ulrico Hoepli, 1933. p. 69).

¹² SANTOS, J. M. C. op. cit., p. 156; e MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1949. v. 4, p. 574.

¹³ Cf. os arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil de 1939, *in verbis*:

“Art. 798. Será nula a sentença:

I- quando proferida:

a) por juiz peitado, impedido ou incompetente *ratione materiae*;

b) com ofensa à coisa julgada;

c) contra literal disposição de lei.

II- quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal.

Art. 799. Admitir-se-á, ainda, ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória, quando se verificar qualquer das hipóteses previstas no n. I, letras “a” e “b” ou no caso do n. II, do artigo anterior”.

¹⁴ Cf. art. 799 do Código de 1939, *a contrario sensu*.

¹⁵ Com a mesma opinião: ANDRADE, L. A. de. *Aspectos e inovações do código de processo civil*. Rio de Janeiro : F. Alves, 1974. p. 222; ANDRADE, O. de. *Comentários*, v. 9, p. 85; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 5, p. 103-104; VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976. v. 6, p. 172; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1975. p. 180; MIRANDA, op. cit., p. 392; RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979. p. 111; e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 1, p. 653.

¹⁶ SANTOS, J. M. C. op. cit., p. 156-159.

¹⁷ Repetindo, “com formulazione più generale” (ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al codice di procedura civile*. 2. ed. Nápoles : E. Jovene, 1945. v. 2, p. 436), o disposto no art. 509 do diploma de 1865, o *Codice di Procedura Civile* de 1940 estabeleceu em seu art. 403: “Non può essere impugnada per revocazione la sentenza pronunciata nel giudizio di revocazione”.

¹⁸ No mesmo sentido: ANDRADE, L. A. de, op. cit., p. 222; VIDIGAL, op. cit., p. 172; MIRANDA, op. cit., p. 390; e THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 653.

¹⁹ Em sentido contrário: FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1982. v. 2, p. 121.

²⁰ “*Ubi lex no distinguit nec nos distinguere debemus* – ‘Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir’” (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 247).

²¹ Com a mesma opinião: ANDRADE, L. A. de, op. cit., p. 222; ANDRADE, O. de. *Comentários*, v. 9, p. 85; e VIDIGAL, op. cit., p. 172.

²² FADEL, op. cit., p. 120-122; e Ministro Alfredo Buzaid, em voto proferido na AR nº 1.130/GO. *RTJ*, v. 110, p. 30-32.

²³ ANDRADE, L. A. de, op. cit., p. 223; MOREIRA, op. cit., p. 104; VIDIGAL, op. cit., p. 7-9, 22 e 172; GRINOVER, op. cit., p. 180; MIRANDA, op. cit., p. 391-394; RIZZI, op. cit., p. 111; e THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 653.

²⁴ Unânime, com ressalva do ponto de vista do Ministro Alfredo Buzaid. STF. Pleno. AR nº 1.130/GO. Relator: Ministro Soares Muñoz, Revisor: Ministro Rafael Mayer. *RTJ*, v. 110, p. 19-32; STF. Pleno. Unânime. AR nº 1.168/GO. Relator: Ministro Rafael Mayer. Revisor: Ministro Néri da Silveira. *RTJ*, v. 110, p. 510-521; STJ. 2ª Seção. Unânime. AR nº 192/SP. Relator: Ministro Cláudio Santos. Revisor: Ministro Sálvio de Figueiredo. *DJ*, 27 nov. 1989; e STJ. 2ª Seção. Unânime. AR nº 337/RJ. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. *DJ*, 11 out. 1993.

²⁵ No sentido do texto, na doutrina: ANDRADE, L. A. de, op. cit., p. 223; GRINOVER, op. cit., p. 180; MIRANDA, op. cit., p. 391 e 394; e THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 653.

²⁶ No mesmo sentido, na jurisprudência: AR nº 1.130/GO, op. cit.

²⁷ A Medida Provisória nº 1.658-12, de 5 de maio de 1998, regula uma nova hipótese de rescindibilidade, inserida no inciso X do art. 485 do CPC, *in verbis*: “X- a indenização fixada em ação de desapropriação direta e indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial”.

²⁸ Com a mesma opinião: MOREIRA, op. cit., p. 104; GRINOVER, op. cit., p. 180; e RIZZI, op. cit., p. 111.

²⁹ Nesse sentido, na doutrina: MOREIRA, op. cit., p. 104; VIDIGAL, op. cit., p. 7-9; MIRANDA, op. cit., p. 392-293; e THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 653.

³⁰ No mesmo sentido, na jurisprudência: AR nº 1.130/GO, op. cit., AR nº 1.168/GO, op. cit., AR nº 192/SP, op. cit., e AR nº 337/RJ, op. cit.

³¹ O vocábulo “argumento” deve ser entendido como causa de pedir, e não como hipótese legal de rescindibilidade. Pode acontecer de a nova ação rescisória estar apoiada na mesma hipótese de rescindibilidade que deu ensejo à propositura da rescisória antecedente, mas por argumento diverso. Nada impede, por exemplo, que ação rescisória antecedente tenha sido fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, por violação ao dispositivo A, e a nova ação rescisória também esteja apoiada no inciso V do art. 485 do Código de 1973, mas por ofensa à literalidade do preceito B.

³² Com a mesma opinião, na doutrina: ANDRADE, O. *Comentários*, p. 85-86; MOREIRA, op. cit., p. 104; VIDIGAL, op. cit., p. 7-9; MIRANDA, op. cit., p. 394; e THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 653. Na mesma linha é a jurisprudência do STF e do STJ: cf. nota 30.

³³ Atualmente já está pacificado que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (enunciado nº 37 da Súmula do STJ).

O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos

DERLY BARRETO E SILVA FILHO

SUMÁRIO

1. O Estado Democrático de Direito e a Advocacia Pública como função essencial à justiça. 2. A atividade de consultoria e de representação a cargo dos advogados públicos. 3. Garantias da Advocacia Pública e seus agentes – a independência institucional e a autonomia funcional. 4. O controle da legalidade diante da remoção e da imovibilidade dos advogados públicos. 5. Propostas.

1. O Estado Democrático de Direito e a Advocacia Pública como função essencial à justiça

Como é cediço, o Estado liberal dos séculos XVIII e XIX foi concebido com a finalidade de garantir a liberdade e a propriedade individuais contra os abusos perpetrados pelos detentores do poder absoluto, insubmissos a qualquer regra de direito.

Levantaram-se, assim, barreiras à ação do Estado, prescrevendo-se círculos de proteção dos direitos individuais inalienáveis e erigindo-se a lei como norma superior vinculante de todos os órgãos estatais.

Essa intenção liberal de defesa da autonomia privada exprimiu-se na Constituição, que se tornou um “estatuto negativo”¹, um repositório de normas jurídicas preordenado a estabelecer os limites do ente estatal, que não mais deveria “perturbar nem ofender (ou evitar que alguém o conseguisse) os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo”².

Consolidando ainda mais o escudo protetor dos direitos individuais, o Estado liberal incorporou a doutrina da separação dos poderes, concebida classicamente por Aristóteles – em “A Política” – e aperfeiçoada por Montesquieu

Derly Barreto e Silva Filho é Procurador do Estado de São Paulo. Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Tese apresentada e aprovada no XXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado entre os dias 16 e 20 de novembro de 1997, em São Luís, Maranhão.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

– em “O Espírito das Leis” –, com o fito de evitar a abusiva concentração do poder político nas mãos de um só órgão – o rei –, o que se logrou dividindo o poder estatal (ou melhor, as funções do Estado) em órgãos, contrapondo-os a fim de que houvesse uma limitação recíproca, uma contenção do poder pelo poder, por meio de um sistema de freios e contrapesos.

Todavia, em meados do século XIX, a fórmula do liberalismo para a solução dos problemas relativos ao arbítrio estatal não fornecia respostas válidas às necessidades materiais da sociedade, liberta dos tentáculos do Estado, mas entregue à sorte das regras de mercado, lastreadas na autonomia da vontade.

Observa Manuel Afonso Vaz que, estabelecendo apenas

“uma delimitação de competência entre titulares do poder e restringindo o elenco dos direitos fundamentais aos chamados direitos negativos (os que pressupõem ou postulam uma abstenção dos poderes políticos), a Constituição abstinha-se de encarar frontalmente os problemas da ordem e da constituição económica”³.

Tais problemas provinham exatamente do abuso das liberdades individuais, notadamente no plano das relações sócio-econômicas.

O poder econômico de uma minoria (a burguesia) – manifestado por meio da detenção particular dos meios de produção – subjugava populações inteiras, que viviam em profundo estado de miséria, privadas das necessidades mais elementares de subsistência.

O Estado liberal – vazio, omissivo e servil por natureza –, para não sucumbir às demandas das classes oprimidas, foi injungido, a partir do início do século XX, a intervir na vida social e econômica, que permanecia à sua margem.

Surge, então, a preocupação com o interesse público, com o bem-estar social, em substituição ao individualismo.

Amplia-se o campo de atuação do Estado, que passa a tutelar, além dos direitos individuais, bens jurídicos de relevo social, como saúde, moradia, educação, trabalho, previdência, transporte, interferindo no domínio privado, instituindo limitações administrativas à liberdade e propriedade individuais, avocando atividades antes deixadas ao inteiro talante da iniciativa privada.

Com muita percuciência, salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro que essa evolução trouxe conseqüências inevitáveis em matéria de controle jurídico do poder, porque os mecanismos

idealizados para o Estado liberal, centrados fundamentalmente na proteção dos direitos individuais, tornaram-se inadequados para um Estado de cunho social, intervencionista⁴.

De fato. Até então, o controle de legalidade limitava-se a dizer da conformidade do ato estatal à lei, apenas sob o prisma formal, desvinculado da idéia de *justiça*⁵.

Hoje, com o advento do Estado Democrático de Direito, requer-se, e efetivamente passa a haver – muito embora ainda não tão eficazmente –, um controle administrativo abrangente de aspectos como desvio de poder, moralidade, legitimidade, economicidade, proporcionalidade dos meios aos fins, adequação dos fatos à norma, qualificação jurídica dos fatos feita pela Administração Pública⁶; enfim, hodiernamente, cobra-se do Estado não somente a crua e formal submissão ao texto da lei: exige-se que sua ação tenha assomos de legalidade e conteúdo de legitimidade e licitude, atendendo, portanto, à vontade popular e à moralidade.

No Estado brasileiro de 1988, isto transparece com enorme clareza, não só pela dicção do art. 1º da Constituição Federal⁷, mas, antes, pelo próprio preâmbulo constitucional⁸. Confira-se:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Pois bem. Como o Estado Democrático de Direito brasileiro consegue assegurar tão altos propósitos?

A questão admite diversos enfoques, permitindo inúmeras análises. Entretanto, como não se tenciona, aqui, teorizar sobre o assunto, mas somente investigar o contexto no qual a Advocacia Pública se situa, pode-se afirmar que um dos mecanismos mais hábeis engendrados pelo Direito Público contemporâneo para confinar a ação do Estado aos quadrantes constitucionais é o controle administrativo, para o qual, no regime constitucional de 1988, colaboram e concor-

rem decisivamente as chamadas *Funções Essenciais à Justiça*.

Essa atividade de controle, preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é cometida a “órgãos técnicos, exercentes de uma parcela do poder estatal, mas *destacados* dos Poderes do Estado”⁹.

Com razão, pois, no título dedicado à organização dos Poderes, depois de tratar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, a Constituição Federal elencou as *funções essenciais à justiça*, instituindo o Ministério Público (cf. arts. 127 a 130)¹⁰, a Defensoria Pública (cf. art. 134)¹¹ e a *Advocacia Pública* (cf. arts. 131 e 132)¹².

A partir desse enunciado constitucional, afirma-se, sem exagero, que as *funções essenciais à justiça* são tão relevantes quanto aquelas exercidas pelos três Poderes do Estado, exatamente porque, pela sua atuação, assegura-se (ou se procura assegurar) a perfeita correspondência formal e material dos atos administrativos aos postulados da legalidade, legitimidade e licitude, valores que se sintetizam no termo *justiça*, contido na expressão *Funções Essenciais à Justiça*¹³, aspiração maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No que atina com a *Advocacia Pública*, essas funções compreendem atividades preventivas (consultoria jurídica) e postulatórias (representação)¹⁴.

À função preventiva cabe orientar a atuação da Administração Pública, *evitando*, assim, o cometimento de injuridicidades; à função postulatória, por seu turno, cumpre *demandar*, junto ao Poder Judiciário, a defesa dos interesses entregues à cura do Estado.

Conclui-se, assim, que a *Advocacia Pública*, no Estado Democrático de Direito brasileiro, insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob a ótica da *justiça*.

2. A atividade de consultoria e de representação a cargo dos advogados públicos

Considerando que o regime jurídico-administrativo, no Estado Democrático de Direito, tem como pilares a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração¹⁵, o Poder Público, seus órgãos e seus agentes têm o dever indeclinável de perseguir e tutelar tais interesses. Para isso, a ordem jurídica confere à Administração o poder de *autotutela*, possibili-

litando sejam revogados atos administrativos inconvenientes ou inoportunos e anulados atos ilegais¹⁶.

No bojo desse poder-dever, está o controle *interno* da legalidade, tarefa para a qual os advogados públicos foram constitucionalmente convocados (cf. arts. 131 e 132 da Constituição Federal).

Destarte, se a Carta Política reservou, em caráter privativo, à *Advocacia Pública* a atividade de consultoria jurídica, é porque quis que órgão diverso daquele que emite a vontade político-estatal verificasse e garantisse a existência de sintonia formal e material do ato (ou do projeto de ato) aos cânones da *justiça*, síntese da legalidade, legitimidade e licitude, acautelando, promovendo e defendendo o interesse público.

A essa função se dedicam os advogados públicos *consultores*, os quais – é importante a observação – *não se sujeitam a qualquer Poder ou autoridade estatal*; pelo contrário, gozam da mais ampla *autonomia* no que concerne ao exercício do aludido controle.

Mas a *Advocacia Pública* não se resume a essa atividade, necessária ao asseguramento, no âmbito da Administração, do interesse público, supremo e indisponível. Há, ainda, a não menos elevada e relevante função de *postulação*, de que se encarregam os advogados públicos da área do contencioso.

Tais agentes, incumbidos da *representação* do Estado, exercem a defesa ativa e passiva do ente público perante os órgãos do Poder Judiciário, nos mais diversos foros e instâncias.

Vale notar, para concluir este tópico, que, muito embora o advogado público, na atividade contenciosa, tenha o dever de defender a *tese estatal* e não propriamente a sua convicção, isto não implica dizer que ele não exerça uma forma de controle de legalidade dos atos administrativos. Isso se evidencia quando, deparando-se com um ato ilegal, ele procede a representações às instâncias competentes, sugerindo providências de correção, de anulação e, até mesmo, de responsabilização da autoridade pública, tudo visando a defender, eficientemente, o interesse público (e, também, proteger-se contra eventuais acusações).

Por conseguinte, mesmo reflexa ou indiretamente, os advogados públicos investidos na função postulatória participam da atividade de controle interno da legalidade, devendo contar, também, com a necessária autonomia.

3. Garantias da Advocacia Pública e seus agentes – a independência institucional e a autonomia funcional

Para o eficaz desempenho da atividade de controle interno de juridicidade da função administrativa, é imprescindível a previsão de garantias, tanto à instituição quanto aos agentes que dela se desincumbem.

Tais garantias devem existir com vistas a assegurar convenientemente a defesa dos interesses públicos e a incolumidade dos bens jurídicos confiados à guarda da Administração Pública.

A ordem jurídica, portanto, municia e instrumenta a Advocacia Pública e seus membros com prerrogativas que, em suma, tornam possível controlar, de forma altaneira, a legalidade dos atos administrativos.

Sem pretender exaurir a matéria, podem ser apontadas as mais expressivas garantias, substanciadas nos predicados da *independência institucional* e da *autonomia funcional*¹⁷.

Antes, porém, de versar sobre os mencionados atributos, cumpre salientar que a noção de *interesse público*, supremo e indisponível, embora plurissignificativa, não pode ser precisada a partir da singela idéia de que diz respeito à Administração ou à autoridade pública.

Como preleciona Maria Sylvania Zanella di Pietro, o vocábulo *público*, contido na expressão *interesse público*, refere-se “aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem”¹⁸. Daí a magistral lição de Ruy Cirne Lima, quando diz:

“Em direito público, designa, também, a palavra *administração* a atividade do que não é senhor absoluto”¹⁹. “Administração (...) é a atividade do que não é proprietário, – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”²⁰.

Ora, se os interesses públicos residem na coletividade, sua verdadeira titular, conseqüentemente, à Administração e às autoridades públicas apenas cabe zelar por eles. É o que se compreende por *indisponibilidade dos interesses públicos*, princípio administrativo assim enunciado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os repre-

senta não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”²¹.

Na medida em que os interesses públicos não se confundem necessariamente com aqueles manifestados pela Administração e seus agentes²², impende distinguir os interesses (públicos) primários dos interesses secundários.

Pela sua difusão na doutrina nacional e estrangeira, mister se faz trazer à colação as judiciosas palavras de Renato Alessi sobre o tema. Diz ele:

“Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l’amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l’interesse dell’Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che è stato chiamato l’interesse collettivo *primario*, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l’interesse dell’apparato, se può esser concepito un interesse dell’apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi *secondari* che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l’interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica Amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell’interesse collettivo, pubblico, primario”²³.

Dessume-se, com facilidade, dessa citação que, havendo conflito de interesses primários e secundários, aqueles devem preferir a estes, porque são os únicos que podem ser validamente perseguidos por quem os representa, por corresponder aos interesses da coletividade e não apenas do Estado, titular de direitos patrimoniais, ou do governante.

Pois bem. Se no exercício de sua *função essencial à justiça* – que o obriga a velar pela legalidade, legitimidade e licitude dos atos administrativos –, deve o advogado público precatar, empreender e proteger o interesse público, que prerrogativa o ordenamento jurídico lhe dá quando, defrontando-se com *interesses secundários*, meramente patrimoniais da Administração, ou com interesses pessoais, políticos ou

econômicos do governante, tenha de apontar ilegalidades, ilegitimidades ou ilicitudes?

Mais ainda: que garantia a ordem jurídica reserva à instituição que, muito embora não sendo um “quarto poder”, constitucionalmente se encarrega da atividade de controle de *juridicidade* dos atos administrativos?

A esse último questionamento se responde: a independência institucional, ou seja, a *desvinculação* da Advocacia Pública de qualquer Poder do Estado *no que tange ao exercício das funções que desenvolve*.

Dessa forma, é defeso aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário interferir nas atribuições da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Fosse lícito aos Poderes Constituídos imiscuir-se nas *funções essenciais à justiça*, ditando-lhes os comportamentos e inculcando-lhes as suas “vontades políticas”, o discurso constitucional dos arts. 127 e seguintes seria letra morta, inócua tentativa de estatuir limites (de justiça) à atividade do Estado, por meio da atuação de órgãos públicos independentes.

Acrescente-se, por fim, que de nada vale a garantia de independência institucional das procuraturas constitucionais se não for acompanhada de autonomia administrativa e financeira.

Nesse particular, bem andou a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao conferir à Procuradoria Geral do Estado “dotação orçamentária própria, sendo-lhe assegurada autonomia administrativa e financeira” (cf. art. 173, § 5º).

Notadamente no que tange à autonomia administrativa, Maria Sylvia Zanella di Pietro sugere que o Advogado Geral (ou Procurador Geral) tenha “mandato determinado, para poder atuar com maior independência”²⁴.

No que concerne ao advogado público, o sistema constitucional garante-lhe *autonomia funcional*.

Sendo certo que a Constituição Federal destacou as *funções essenciais à justiça* dos tradicionais Poderes do Estado, dedicando-lhes um capítulo próprio (vide Capítulo IV do Título IV), não é demasia alguma concluir, como alhures se fez, que assim objetivou criar outras instâncias de controle de adequação formal e material do ato administrativo (ou do projeto de ato) aos ditames da legalidade, legitimidade e licitude, instâncias essas *funcionalmente desvinculadas* das referidas esferas do Poder Político, como visto.

A plenitude, a eficácia e a própria efetividade dessa atividade exercida pelos advogados

públicos dependem da liberdade, da independência, da autonomia de que eles gozem. Em vista disso, parece válida a assertiva: ou o advogado público, no seu mister, possui autonomia funcional ou a função que ele exerce não é essencial à justiça.

De fato. Como poderia o procurador do Estado, por exemplo, emitir um parecer, *visando a proteger a legalidade ou a moralidade do ato administrativo*, se estivesse sob o influxo de ordens superiores ou de injunções políticas em dado sentido? De que forma o advogado público exercitaria o seu múnus em juízo se lhe fosse determinado argumentar ou fundamentar de tal ou qual jeito?

Ingerências desse jaez não estão amparadas pela Constituição Federal. Tanto nas relações dos Poderes do Estado com as Procuradorias quanto no relacionamento dos advogados públicos entre si, não há espaço para a *hierarquia*, entendida como a “relação de *subordinação* existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um”²⁵. Não há lugar para imposição de ordens²⁶. O que existe, diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “são relações legalmente definidas, que são incompatíveis com a *subordinação funcional*”. “Nem mesmo em relação ao Chefe dos órgãos colegiados das procuraturas – finaliza – existe hierarquia funcional: apenas *administrativa*”²⁷.

Não se pode olvidar que os advogados públicos pautam-se estritamente pelo dever de acautelamento, promoção e defesa dos interesses públicos *primários* e não dos interesses secundários destes divorciados. Por conseguinte, é a autonomia funcional que lhes permite a insurgência contra arroubos ou ímpetos de ilegalidade da Administração ou dos governantes. De outra forma, eles serviriam de fachada para perpetração de ilegalidades, dando ao ato administrativo dissonante da ordem jurídica aparência de legalidade.

A propósito, lembra Dalmo de Abreu Dallari que

“o *Procurador Público* é quem torna certo que o Poder Público não é imune ao Direito. Compete-lhe defender os interesses sociais, particularizados numa entidade pública, sem excessos ou transigências, sempre segundo o Direito. Conscientes de que o poder político e a atividade administrativa são expressões da disciplina jurídica das atividades de direção e administração da Sociedade, o Procura-

dor, orientando ou promovendo a defesa de interesses, jamais deverá omitir o fundamento jurídico de seu desempenho. E sua consciência jurídica não lhe há de permitir que, pela vontade de agradar ou pelo temor de desagradar, invoque o Direito segundo critérios de conveniência, para acobertar ações ou omissões injustas”²⁸.

A autonomia funcional, portanto, há de ser entendida como a prerrogativa que assegura aos advogados públicos o exercício da função pública de consultoria e de representação dos entes políticos *independente* de subordinação hierárquica (seja a outro Poder, seja aos próprios chefes ou órgãos colegiados da Advocacia Pública) ou de qualquer outro expediente (como manipulação de remuneração) que tencione interferir, dificultar ou impedir o seu poder-dever de oficiar de acordo com a sua consciência e a sua missão de velar e defender os interesses públicos primários, sem receio de “desagradar” quem quer que seja, Chefes dos Poderes Executivos, Ministros, Secretários, Advogado-Geral da União, Procuradores Gerais de Estados, órgãos colegiados das Procuraturas (v.g., conselhos), chefias mediatas ou imediatas, magistrados ou parlamentares.

4. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos

Neste tópico, cumpre saber, de início, se os institutos da remoção e da inamovibilidade – que, como se verá, atinam diretamente com o grau de estabilidade funcional dos advogados públicos – são, e em que medida, compatíveis com as garantias da independência e da autonomia, estudadas no tópico anterior.

Em direito administrativo, remoção é o deslocamento, a movimentação do agente público de uma para outra repartição, de um para outro serviço. Tem como únicos pressupostos a existência de vaga no quadro administrativo e a necessidade (administrativamente comprovada) do seu provimento. Sua finalidade, explica Celso Antônio Bandeira de Mello, é “preencher claros de lotação”²⁹.

Já a inamovibilidade traduz a idéia diametralmente oposta. Como define Themistocles Brandão Cavalcanti, “é a garantia legal que proíbe a remoção ou transferência de lugar ou de cargo”³⁰.

Pois bem. O advogado público – que pertence a uma instituição *independente* e de-

sempenha, *autonomamente*, função de controle – é inamovível ou pode ser livremente removido?

Nem uma coisa nem outra.

No ordenamento jurídico constitucional, nenhum agente público, por mais conspícuo que seja, goza de inamovibilidade irrestrita. Da mesma forma, nem o mais humilde ocupante de cargo público pode ser removido sem propósito.

Tanto a inamovibilidade quanto a remoção sofrem temperamentos em razão do interesse público e da essencialidade da função cometida aos agentes públicos.

Partindo da interessante classificação proposta por Mário Bernardo Sesta, pode-se dizer que, no sistema constitucional em vigor, há agentes públicos de *existência contingente* – que se desincumbem de funções auxiliares – e agentes públicos de *existência necessária* – que desempenham funções institucionais, essencialmente estatais³¹.

Os que exercem as chamadas *funções essenciais à justiça* encartam-se na última categoria (são agentes públicos de existência necessária), porque devem, em caráter privativo, indelegável, velar e defender os interesses públicos, atividade eminentemente estatal. Em consequência, a eles são deferidas certas prerrogativas, entre as quais, como referido, a autonomia funcional.

Mas de nada ou de pouco adiantaria gozar de independência se eles não fossem resguardados das pressões daqueles que, pela Constituição Federal, manifestam a vontade política do Estado, os governantes.

Necessário, pois, assegurar-lhes *estabilidade funcional*, sob pena de malograr toda a intenção constitucional de submeter o Poder e as ações estatais a um contexto de legalidade, legitimidade e licitude.

Nesse sentido, consta expressamente da Carta Política a garantia da inamovibilidade dos membros do Ministério Público (cf. art. 128, § 5º, I, *b*), a quem compete “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (cf. art. 127, *caput*), ou seja, a *advocacia da sociedade*, para usar da denominação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Aos integrantes das Defensorias Públicas, o constituinte também se mostrou bastante atencioso, ao enunciar tal prerrogativa no art. 134, parágrafo único³².

E com relação aos advogados públicos, o fato de a Constituição Federal não lhes ter assegurado, explicitamente, a inamovibilidade significa que eles podem ou não ser removidos?

Tomás Pará Filho relata o caso de um advogado público “que, no estrito cumprimento dos deveres de seu cargo junto a Tribunal de Contas do Estado, opinara contra a aprovação de contas de antigo Secretário da Educação, concluindo, ainda, pela responsabilidade do mesmo pela malversação de dinheiros públicos; e, por assim o ter feito, fora intempestivamente e arbitrariamente afastado de suas funções, pelo Governo da época”³³.

O caso é bastante ilustrativo e de extrema valia para a demarcação das fronteiras garantidoras das funções exercidas pelos membros da Advocacia Pública.

Como sobejamente demonstrado, os advogados públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer Poder do Estado; não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem *função essencial à justiça*, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, da legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que, insista-se, não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa. Para tanto, a ordem jurídica lhes atribui prerrogativas de autonomia e de independência³⁴.

Com muita argúcia, observa Francisco Campos:

“Toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltração de natureza política no exercício da sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais da necessária independência, mediante a técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos”³⁵.

A atividade desenvolvida pela Advocacia Pública é potencialmente geradora de sérios e graves atritos e dissensões entre os seus membros e os agentes políticos. Estes muitas vezes pressionam os advogados públicos a elaborar pareceres em determinado sentido, a contestar sustentando certo ponto de vista, favorável aos *seus* interesses.

Todavia, interferências desse timbre não se legitimam a ponto de se poder remover compulsoriamente o advogado público “incômodo”, que “atrapalha” o administrador público ao dizer a ele o que a lei permite ou não permite fazer. Não se constituem, por outro lado, anteparo ou escusa para o advogado público que, renunciando à sua independência, oficia “por encomenda”. “O advogado público que cede a esse tipo de pressão – adverte Maria Sylvia Zanella di Pietro – amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato”³⁶.

Nesse sentido, os Advogados da União e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal são *inamovíveis*. São inamovíveis não apenas geograficamente, mas, sobretudo, *funcionalmente* (isto é, não podem ser deslocados *das mesmas funções*).

No entanto, a inamovibilidade que têm não é absoluta, como não o é a dos membros do Ministério Público (cf. art. 128, § 5º, I, b, da Constituição Federal).

Isso porque o *interesse público* pode suscitar o deslocamento de advogados públicos, com vistas à colmatagem de vazios de lotação em determinada repartição, cargo ou função.

Somente para esse fim admite-se a remoção na seara da Advocacia Pública, e mesmo assim, como providência *excepcional* que é, atendendo-se a rigorosos requisitos e princípios constitucionais, que, olvidados, rendem ensejo à invalidação do ato de deslocamento, por eiva de injuridicidade, e por configurar grave atentado à autonomia funcional do procurador.

Entre os princípios, destacam-se o da finalidade, o da motivação e o da impessoalidade.

Pelo princípio da finalidade³⁷, “a Administração subjuga-se no dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela”³⁸. O administrador público deve-se cingir não só à finalidade comum a todo comportamento estatal, qual seja, o interesse público, “mas também à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução”³⁹.

Como já dito, a remoção *destina-se* a preencher claros no quadro administrativo. Desse modo, age com *desvio de finalidade* a autoridade pública que, por exemplo, promove remoções como forma de punição do advogado público.

A propósito, é ainda Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao fornecer valioso exemplário dos casos de *desvio de poder* – vezo administrativo que, lamentavelmente, ainda grassa no País –, observa:

“Entre nós, não é raro o uso da remoção como forma de sancionar um funcio-

nário descumpridor de seus deveres, quando a finalidade deste instituto é a de preencher claros de lotação e não a de punir servidor faltoso, para não mencionar as hipóteses em que a remoção é utilizada como meio para prejudicar adversários políticos ou para perseguir inimigos”⁴⁰.

Vê-se, pois, que, além de não constituir modalidade punitiva⁴¹, o instituto da remoção não se presta para satisfazer interesses ou conveniências dos governantes; não serve para dar vazão a exacerbações personalistas, humores, paixões, ódios, simpatias, autoritarismos, favoritismos, perseguições. O ato administrativo de remoção tem por fito, apenas, colmatar vazios de lotação nos quadros da Advocacia Pública em razão de comprovado interesse público.

A motivação⁴², por seu turno, é outro pressuposto de validade da remoção. Significa fundamentação, requisito de ordem formal do ato, princípio que obriga a autoridade pública competente para promover deslocamentos a enunciar as razões de fato e de direito, bem como a “*relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado”⁴³.

Muito embora o ato administrativo de remoção seja ontologicamente *discricionário*, a motivação é necessária, pois é uma garantia de que, efetivamente, foram atendidos os requisitos delineados pela ordem jurídica.

Além disso, a motivação fornece os elementos para o contraste judicial da remoção com os princípios que a norteiam. Uma vez explicitados e conhecidos os fundamentos de fato e de direito que levaram à sua realização, permite-se verificar, com transparência, a sua conformidade ou não com aqueles mesmos princípios.

Logicamente, para se levar a cabo a movimentação de advogados públicos, não basta a mera enunciação de expressões como *existência de claro de lotação*, *interesse público* ou *conveniência do serviço*. É imprescindível que a autoridade administrativa decline os fundamentos fáticos e jurídicos que reclamam o deslocamento do procurador, sob pena de violação dos princípios constitucionais da Advocacia Pública. Hão de ser demonstradas: 1) a existência de vaga no quadro administrativo; 2) a necessidade do seu provimento.

Nesse sentido, o verbete nº 149 da súmula do Tribunal Federal de Recursos dispõe: “*No ato de remoção ex officio do servidor público, é indispensável que o interesse da administração seja objetivamente demonstrado*” (grifou-

se). A motivação, como se mostra às claras, constitui requisito impostergável do ato administrativo em exame.

Outro princípio que orienta as remoções, notadamente no que atina com a fixação dos seus critérios, é o da impessoalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal⁴⁴.

Ensina Lúcia Valle Figueiredo:

“Não pode a Administração agir por interesses políticos, interesses particulares, públicos ou privados, interesses de grupos”⁴⁵. “A impessoalidade – esclarece – implica (...) o estabelecimento de regra de agir objetiva para o administrador, em todos os casos. Assim, como exemplo curial, em nomeações para determinado cargo em comissão, os critérios devem ser técnicos, e não de favoritismos ou ódios. Não pode a nomeação ser prêmio atribuído ao nomeado”⁴⁶.

Imperioso, pois, que, em nome da impessoalidade, sejam fixados *critérios objetivos* para a promoção de remoções, evitando-se, dessa forma, que os deslocamentos de advogados públicos se procedam segundo particularidades individuais, irregularmente, portanto.

Convém notar ainda que remoções *ex officio*, implementadas sem a adoção de critérios objetivos, infundem sério e preocupante sentimento de apreensão, gerando grave instabilidade funcional nos quadros da Advocacia Pública – pois qualquer procurador, independentemente de motivos ou com base em critérios puramente subjetivos, pode, de inopino, ver-se deslocado de suas atribuições normais para outras, com as quais muitas vezes não tem afinidade. E mais, a ausência de critérios objetivos para remoção, tanto quanto a falta de motivação, enseja arbitrariedades, desde favoritismos até perseguições, e dá azo ao cometimento de ilegalidades e de irregularidades funcionais. Basta imaginar o deslocamento compulsório de advogado público que, exatamente por estar no exercício regular, aguerrido e combativo de suas funções, *em sua banca*, venha a contrariar interesses individuais, políticos ou econômicos eventualmente afetos ao governante ou ao administrador público competente para promover remoções.

A propósito, a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência constitui, segundo o art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, *ato de improbidade administrativa*, sujeitando o infrator a diversas sanções, de natureza penal,

civil e administrativa; e, em particular, ao ressarcimento integral do dano, se houver, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, ao pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos (cf. art. 12, III).

5. Propostas

Em razão do que foi exposto, sugere-se como medidas aptas a assegurar a estabilidade funcional dos advogados públicos:

1) que as remoções sejam precedidas da exposição de razões fáticas e jurídicas que justifiquem a necessidade do deslocamento de advogados públicos;

2) que haja critérios prévios, explícitos, objetivos, genéricos e impessoais para remoção, como, por exemplo, conhecimento técnico, aprimoramento cultural, eficiência funcional, dedicação e/ou pontualidade no cumprimento das obrigações do cargo;

3) que, antes de se proceder à remoção compulsória, seja assegurado o direito de os interessados optarem pela vaga existente (remoção voluntária), dando preferência, em havendo mais de um candidato, àquele que atender a determinado critério objetivo, genérico, impessoal, também previamente conhecido;

4) que o ato de remoção *in concreto* seja sempre acompanhado da necessária motivação, deixando transparente não só a causa do deslocamento do procurador – que deve ser congruente com as razões expostas, conforme o item 1 –, mas também o critério objetivo acionado, na hipótese de existir mais de um – o qual há de guardar estreita adequação com a remoção efetuada;

5) que as remoções sejam processadas perante órgãos colegiados da Advocacia Pública, tais como os Conselhos das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, garantindo-se, dessa forma, maior controle dos deslocamentos dos advogados públicos e efetivo respeito às suas garantias.

Por fim, quanto à inamovibilidade, nos termos em que foi posta nesta tese, conclui-se que nada obsta – pelo contrário, recomenda-se – o seu reconhecimento explícito pelo legislador constituinte derivado.

Aliás, relata Roberto Lyra que, à luz das Constituições Federais de 1934 e de 1937, em que os membros do Ministério Público podiam, em tese, ser removidos *ad nutum*, pois não existia qualquer impedimento constitucional em sentido oposto, já havia reconhecimento judicial da sua inamovibilidade (*Teoria e Prática da Promotoria*, 2ª edição, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, páginas 37 e 38).

Assim, tal garantia seria uma decorrência do sistema constitucional, do regime jurídico de certas carreiras do Estado, não dependendo, rigorosamente, de enunciação expressa.

No entanto, para o melhor e mais eficaz desempenho das *funções essenciais à justiça* cometidas à Advocacia Pública e aprimoramento das instituições estatais de controle de *juridicidade* do Poder, é necessário se alcançar uma técnica mais adequada para proteger os advogados públicos de ingerências políticas, de investidas à sua independência, sobressaindo, a título de sugestão, aquela que lhes atribui maior grau de autonomia funcional, pondo-os a salvo não somente da discricionariedade do administrador público, mas, também, do Poder Legislativo. Portanto, as garantias dos membros da Advocacia Pública hão de ser objeto de *norma constitucional*.

Notas

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 126.

² RIBEIRO, Vinício. *O estado de direito e o princípio da legalidade da administração*. 2. ed. Coimbra Ed., 1981. p. 43.

³ *Direito Económico*. 2. ed. Coimbra Ed., 1990. p. 75.

⁴ As carreiras jurídicas e o controle da Administração Pública. *Revista Jurídica de Osasco*. v. 3, p. 72, 1996.

⁵ Em razão desse formalismo, o Poder Judiciário adstringia-se a aferir a legalidade do ato da Administração somente sob aspectos de competência, forma e objeto.

⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 73.

⁷ Prescreve o art. 1º da Constituição Federal que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”.

⁸ Embora seja discutível o caráter jurídico do preâmbulo constitucional, pode-se entendê-lo, segundo preleciona Jorge Miranda, como um “conjunto de princípios que se projectam sobre os preceitos e so-

bre os restantes sectores do ordenamento” (*Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra Ed., 1991. v. 2, p. 237), de modo que dele se podem extrair os grandes objetivos constitucionais.

⁹As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 116, p. 82, out./dez. 1992.

¹⁰De acordo com o *caput* do art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

¹¹Segundo o art. 134, *caput*, da Constituição Federal, a Defensoria Pública é *instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*.

¹²Nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, compete à Advocacia Pública a *representação judicial e extrajudicial, além da consultoria jurídica da União, dos Estados e do Distrito Federal*.

¹³MOREIRA NETO, op. cit., p. 79-83.

¹⁴Ibidem, p. 88.

¹⁵Sobre a contextura do regime jurídico-administrativo, consultar MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 22-51.

¹⁶Nesse sentido, o verbete nº 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal enuncia: “A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

¹⁷Lapidamente, e com elogiável rigor científico, Diogo de Figueiredo Moreira Neto arrola os seguintes princípios constitucionais referentes às procuraturas (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública): “essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso” (op. cit., p. 92).

¹⁸*Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 163.

¹⁹*Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 21.

²⁰Ibidem, p. 22.

²¹Op. cit., p. 31.

²²Isso se verifica, por exemplo, quando o Estado resiste a devolver imposto recolhido indevidamente ou a indenizar vítimas de danos causados injustamente por agentes públicos.

²³*Principi di Diritto Amministrativo*. 3. ed. Milão : Dott. A. Giuffrè, 1974. p. 226-227.

²⁴Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 30, 1995.

Com esse mesmo propósito, o deputado estadual José Eduardo Ferreira Netto elaborou e apresen-

tou, em 27 de junho de 1996, a seguinte proposta de emenda à Constituição do Estado de São Paulo:

“Proposta de Emenda Constitucional nº 9, de 1996

Estabelece a nomeação do Procurador Geral do Estado precedida de eleição pelos integrantes da Procuradoria Geral do Estado em lista tríplice e disciplinada sua destituição

Artigo 1º – Dê-se ao parágrafo único do artigo 100 da Constituição do Estado a seguinte redação:

O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, entre os procuradores que integram a carreira, mediante lista tríplice entre os mais votados pelos integrantes do quadro, com mandato de dois anos, permitida uma recondução e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração, podendo ser destituído do cargo por deliberação da maioria absoluta e por voto secreto da Assembléia Legislativa.

Artigo 2º – Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação.

Justificativa

A Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 98 da Constituição do Estado é orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, cometendo-se ao Procurador Geral a responsabilidade pela orientação jurídica e administração da instituição, estando as funções do órgão em enumeração exemplificativa no artigo 99 da Constituição do Estado.

Sem autonomia funcional, o desempenho dessa instituição fica comprometido e vinculado aos caprichos e à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, uma vez que lhe compete pelo texto vigente destituir o Procurador Geral, quando bem entenda, pois a nomeação se efetiva em comissão.

A Procuradoria Geral do Estado é instituição permanente. No desempenho de sua função institucional, tem na ordem jurídica vigente atribuições e responsabilidades definidas sendo inconcebível, possa ficar sujeita a injunções políticas, pois sendo o Procurador Geral demissível *ad nutum*, pelo Sr. Governador, indaga-se qual a independência que fica reservada à instituição para cumprir a sua vocação de operar cumprindo os preceitos de legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

A atividade do advogado público orienta-se pelo princípio da legalidade e como ensina José Afonso da Silva, a lei “caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 107). Nesta nobre e importante função é necessário que a Procuradoria não fique a mercê de uma “filosofia política” do Chefe do Poder Executivo porque o princípio da legalidade não é dúctil ou imprensível.

Quando a Constituição do Estado, em seu artigo 98 atribui à Procuradoria Geral do Estado a responsabilidade “pela advocacia do Estado”, está atribuindo-lhe a defesa do Erário, cujos bens, interesses e direitos, por indisponíveis e por comporem o patri-

mônio público, não se prestam sequer à renúncia, à transação ou a outra forma de composição. Trata-se, assim, de desempenho estritamente técnico-jurídico, infenso e imune à interferência de natureza diversa.

O advogado público não está obrigado a defender o que lhe impõe o Governador, porque a Procuradoria não foi criada para zelar pelos interesses do Chefe do Poder Executivo, mas sim, para preservar os interesses primários da Administração que não têm existência legítima à ilharga do princípio da legalidade” (*Diário Oficial do Estado*, v. 106, n. 122, p. 2, 29 jun. 1996.).

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 105.

²⁶ “Como o advogado particular, o advogado representante do Estado, de órgão público, propriamente dito, ou de instituição assemelhada, deve ser independente – e não simples mandatário da vontade do poder dirigente –, para resguardar as prerrogativas profissionais e da classe, consoante estipulado no diploma estatutário (Lei nº 2.415, art. 87, VII). Vale dizer que também não lhe cabe cumprir ordens, mas officiar nos processos judiciais ou administrativos, com autonomia de deliberação, respeitado o direito ou o interesse sob sua guarda profissional. A medida de sua atuação encontra-se na lei e no amparo do patrimônio ou do interesse público, e não no arbítrio ou no preconceito dos agentes da Administração. Servem-lhe de suporte, e ao mesmo tempo de advertência, a caracterização ampla do litigante de má-fé e a definição de sua responsabilidade civil e processual (Código de Processo Civil, arts. 16, 17 e 18)” (MARINHO, Josaphat. *Advocacia pública*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo, v. 21, p. 14-15, dez. 1983.).

²⁷ Op. cit., p. 96.

²⁸ *O renascer do Direito*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 47.

²⁹ *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 68.

³⁰ *Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1964, p. 370. v. 4.

³¹ *Advocacia do Estado : posição institucional*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 117, p. 187-202, jan./mar. 1993.

³² Sílvio Roberto Mello Moraes, nas suas anotações à Lei Complementar nº 80/94 – que trata da organização das Defensorias Públicas –, discorre sobre a inamovibilidade dos defensores públicos nestes termos:

“A garantia da inamovibilidade foi outorgada aos Defensores Públicos pela Constituição Federal (art. 134, parágrafo único) e é de suma importância para a independência funcional dos mesmos, uma vez que os coloca a salvo de eventuais ingerências políticas das quais poderiam ser vítimas ao se digladiar com poderosos em defesa dos interesses daqueles menos favorecidos. Além disso, não raras vezes, o Defensor Público contraria interesses de pessoas jurídicas de direito público (v. art. 4º, § 2º desta LC), em razão da

propositura de ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança, etc., despertando o interesse das autoridades atingidas pelo resultado desfavorável das medidas judiciais, na remoção do Defensor Público de seu órgão de atuação ou até mesmo da Comarca em que atua, como forma de vingança e paralisação do trabalho que vinha efetuando em prol da população. Em boa hora, pois, o Constituinte estendeu aos Defensores Públicos tal garantia (já existente para os magistrados e agora também presente para os membros do Ministério Público), que reverter-se-á em proveito do povo, podendo este contar com um Defensor Público mais independente e aguerrido” (*Princípios institucionais da defensoria pública : Lei Complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 80).

³³ A advocacia do Estado. CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO. 1, São Paulo, *Anais* p. 45, nota 22.

³⁴ Convém ressaltar que não agride a independência do advogado público do contencioso a expedição de orientações (e não de ordens) sobre assuntos a ele afetos. Tais orientações são bem-vindas, pois fornecem ao procurador elementos para a boa e eficiente representação do Estado em juízo.

O que se requer, para se atingir um grau de excelência dessas orientações, é um pesado investimento na formação intelectual dos advogados públicos, por meio da criação e manutenção, em caráter permanente, de *Escolas de Advocacia Pública*, que teriam por objetivo aperfeiçoar os conhecimentos científicos da carreira sob um enfoque interdisciplinar (assim, por exemplo, um procurador fiscal estudaria, além de matérias estritamente jurídicas, contabilidade, economia, matemática financeira, filosofia, ciência política, etc.).

Além disso, soa salutar a abertura de canais de comunicação mais informais entre procuradores de banca e chefias, a fim de que aqueles que militam no foro possam subsidiar, com a sua vivência, melhores orientações, em especial, como sugere Maria Sylvia Zanella Di Pietro, representando “para que as decisões uniformes da jurisprudência se aplicassem a todas as situações iguais” (*Advocacia pública*, p. 30).

³⁵ Parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 62, p. 328, out./dez. 1960.

³⁶ *Advocacia pública*, p. 18.

³⁷ O princípio da finalidade está expressamente previsto no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo. Muito embora não tenha dicção expressa no texto constitucional federal, ele é inerente ao princípio da legalidade, insculpido nos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Carta Política, no sentido de que a prescrição legal somente é fielmente atendida se atingidos os seus fins.

³⁸ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 61.

³⁹ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁰ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 68.

⁴¹ Se a remoção fosse meio de punir advogado público faltoso, em hipótese alguma poderia ser imple-

mentada sem levar em consideração o requisito da *processualidade*, qualificado, *in casu*, pela inafastável obediência aos ditames do contraditório e da ampla defesa, prescritos no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

⁴² O princípio da motivação, na Constituição do Estado de São Paulo, tem guarida no art. 111. Na Constituição Federal, decorre implicitamente dos arts. 1º, II, 5º, XXXV, e 93, IX.

⁴³ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 227.

⁴⁴ Na Constituição do Estado de São Paulo, o princípio da impessoalidade encontra-se alojado no art. 111.

⁴⁵ *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 53.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 54.

Crimes envolvendo militares e militares estaduais entre si. Qual a Justiça competente?

CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A redação original do artigo 42 da CF/88. 3. A redação da Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998. 4. O abuso de autoridade. 5. Conclusões.

1. Introdução

O assunto em tela certamente não é novo, mas continua sendo um dos mais complexos do direito instrumental, eis que ligado diretamente a duas profícuas discussões: a delimitação de competência e a própria definição de hipóteses caracterizadoras de crime militar, assunto já tão estudado, debatido e, paradoxalmente, ainda em amplo processo de discussão, ao lado de um quase completo desconhecimento por parte daqueles que não litigam no foro castrense.

Como bem se sabe, as competências das Justiças Militares, quer federal, quer estadual, estão previstas na Constituição Federal de 3 de outubro de 1988, em seus arts. 124 e 125, § 4º, respectivamente, assim escritos:

Art 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Art 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 4º. Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

De uma rápida análise do Texto Maior, chega-se a duas conclusões primeiras:

Clauro Roberto de Bortolli é Promotor da Justiça Militar lotado na Procuradoria da Justiça Militar em Santa Maria-RS.

a) A Justiça Militar Estadual processa e julga unicamente os policiais e bombeiros militares nos crimes militares.

b) A Constituição Federal não definiu o que é crime militar, que deve ser definido por lei.

Nesse último aspecto, tal tarefa coube ao Código Penal Militar (Decreto nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), que, em seu famoso “Artigo nono”, define o que é crime militar, objeto de processo e julgamento das Justiças Militares.

Consta, no inciso II, alínea *a*, daquele artigo, serem militares os crimes praticados por militar em situação de atividade contra outro militar, em idêntica situação. É aqui, parece-nos, que se acende a polêmica: o policial militar estadual é considerado “militar” para efeitos penais?

2. A redação original do artigo 42 da Constituição Federal de 1988

A redação original do artigo 42, *caput*, da CF/88 estabelecia que:

“São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares”.

Não se olvide, porém, que o Código Penal Militar estabelecia, desde 1969, o seguinte em seu art. 22, *especificamente com relação à aplicação daquele “codex”*:

“É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às Forças Armadas, para nelas servir de posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar”. (grifos meus)

Revogava, então, a Constituição de 1988 o art. 22 do CPM, passando a considerar como militares, para efeitos de aplicação do Código Penal Militar, tanto os integrantes das Forças Armadas (Marinha de Guerra, Exército Brasileiro e Aeronáutica Militar), como os integrantes das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares Estaduais?

O Superior Tribunal Militar chegou a perfilar tal entendimento, taxando que *o Policial Militar Estadual é considerado Militar da Ativa para efeitos penais*. (Recurso Criminal nº 5.941-0/DF, de 6 de setembro de 1990.)

Tal decisão, entretanto, foi isolada e, ainda, tomada por maioria, não chegando a formar jurisprudência.

E, realmente, o art. 22 do CPM não foi derogado pela redação do artigo 142 da Carta Maior,

permanecendo em plena vigência, *eis que específico para os efeitos daquele código*, devendo prevalecer em razão de sua especialização, ao contrário daquela redação original do artigo 42 da Carta de 1988, que, embora de maior hierarquia, tinha caráter genérico e *administrativo*, eis que colocada dentro do título III que disciplina a Organização do Estado, diferenciando o servidor militar em relação ao servidor público civil, *especificamente nas relações destes para com a Administração Pública*.

Em consequência, para a caracterização do agente como militar para efeitos penais, *inclusive para definição do que seja crime militar*, continuou valendo o disciplinado no citado artigo 22 do CPM, que foi recepcionado pela norma constitucional.

Temos então, agora, em uma linha que foi sedimentada no Superior Tribunal Militar, que o Policial Militar somente é considerado militar, para efeitos penais *intra-corpore*, ou seja, *dentro de sua corporação, com relação a seus colegas milicianos e ao patrimônio ou à ordem administrativa da Polícia Militar*.

Logo, a conduta que possui em seus pólos militares das Forças Armadas e policiais militares estaduais, cometendo crime uns contra os outros, não será crime militar pela submissão ao inciso II, alínea *a*, do art 9º do CPM. Poderá ser, isso sim, se a hipótese for enquadrada em outra situação elencada naquele artigo, pois, em relação à hipótese retromencionada, serão considerados “não-militares” entre si, havendo crime comum, tão-somente de alçada da Justiça Ordinária Estadual, eis que, inexistindo crime militar, inexistente competência da Justiça Militar.

É o que acontece quando um militar do Exército, por exemplo, não estando em *área sob a Administração militar federal, nem em serviço ou fardado, perpetra crime contra policial militar, mesmo que este esteja fardado e em serviço*.

Diferente é a hipótese, porém, se o policial militar, fardado e em serviço, comete crime contra o militar do Exército, em trajes civis, fora de serviço, em área não-sujeita à Administração Militar. É crime militar, *em virtude do disposto na letra c do inciso II do art. 9º do CPM*, aplicando-se o art 125, § 4º, da CF/88, com competência da Justiça Militar Estadual para processá-lo e julgá-lo. Mas, note-se bem, assim o é por causa da situação de *em serviço* do PM, e não pela condição de militar do agente ativo ou do ofendido.

Questão que então se coloca é se existe a possibilidade de julgamento de policial militar

pela Justiça Militar Federal. A resposta, também no entendimento do Egrégio STM, da qual compartilho, é *positiva, desde que enquadrada em outra hipótese que não a listada no art. 9º, II, a, do CPM, notadamente no disciplinado no inciso III daquele artigo*, quando existirá ofensa à Instituição Militar e, aí sim, crime militar, com o deslocamento de competência (que, num primeiro relance, seria da Justiça Militar Estadual, *ex vi* do art. 125, § 5º, da CF/88) para a Justiça Militar da União.

Como exemplo do relatado, destacamos o Recurso Criminal nº 6.136-6/DF, Relator: Ministro Eduardo Pires Gonçalves, de onde se destaca a seguinte parcela da ementa:

“Incompetência da Justiça Militar Federal. Lesão corporal praticada por militar do Exército contra policial militar do Distrito Federal, ambos da ativa. Local não sujeito à Administração Militar.

O fato de o eventual delito ter sido praticado por integrante das Forças Armadas contra policial militar, ambos em situação de atividade, não é suficiente para firmar a competência da Justiça Militar Federal.

Para que a infração noticiada nestes autos pudesse ser considerada de natureza militar, seria necessário que a motivação do agente guardasse vinculação entre a causa geradora de delito e a atividade militar, ou que a conduta fosse capaz de atingir ou ofender efetivamente a instituição militar, enquanto bem juridicamente tutelado pela lei penal militar...” (sem grifos no original).

Recentemente, em 14 de abril de 1996, no julgamento do Recurso Criminal nº 6.277/2/PE, o STM novamente manifestou-se a respeito do assunto, declarando competente a Justiça Militar Federal para processar e julgar policial militar acusado de perpetrar furto de armamento de sentinela do Exército:

“Exceção de incompetência. Processo contra policial militar. Competência da Justiça Militar da União. Tese defensiva colocando *exceptio incompetentiae* quanto a processo e julgamento de miliciano estadual pela Justiça Militar da União, sob alegação de o acusado revestir-se de toda plenitude do *status* Castrense, cabendo-lhe, portanto, foro da Justiça Militar Estadual. *Caudalosa faz-se a Jurisprudência do Magno Pretório que não reconhece o policial militar*

como militar propriamente dito. Deriva o feito *in tela* de roubo de armamento perpetrado contra sentinela de Quartel do Exército, resultando a mesma, do ocorrido, ferido por arma de fogo. Envolvimento do recorrente caracteriza-se por momento em que não desenvolvia atividade policial militar *stricto sensu* e nem utilização de arma de sua corporação. *Responde processualmente como civil. Patente, in casu, a competência da Justiça Militar da União, à luz do art. 9º, inciso III, alínea b, do CPM*. Improvido o recurso.

Decisão majoritária” (Recurso Criminal nº 6.277-2/PE. Relator: Ministro Carlos Eduardo César de Andrade, sem grifos no original).

O que temos, porém, na quase totalidade dos casos que chegam ao nosso conhecimento, são situações envolvendo policiais militares em serviço de policiamento ostensivo e militares do Exército, à paisana, fora de área sob Administração Militar, em atividades particulares. Obviamente, então, não há, efetivamente, uma lesão à Instituição Militar, e sim o envolvimento de um membro seu, mas em atividade essencialmente privada. Como, conforme já disposto, o militar estadual não é militar fora de sua corporação, não se pode aplicar o art. 9º, II, a, do CPM, restando tão-somente a caracterização do crime como militar pela situação de serviço em que se encontra o miliciano (art. 9º, II, c, do CPM), e, não havendo lesão à Instituição Militar, não há como deslocar-se aquela competência definida no já citado art. 125, § 4º, da CF/88, *devendo o PM ser processado e julgado pela Justiça Militar Estadual*.

O militar das Forças Armadas, caso cometa o crime nas condições retro, será processado e julgado pela Justiça Estadual comum, eis que não se apresentará nenhuma situação elencada no art. 9º do CPM (O policial militar, em relação ao militar das Forças Armadas, repise-se, será considerado como se civil fosse), não havendo que se falar em crime militar.

3. A redação da Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998

Toda essa discussão, profícua e extensa, com inúmeros conflitos competenciais instaurados, perdeu razão com a promulgação, em 05 de fevereiro de 1998, da Emenda Constitucional nº 18.

Tal texto constitucional, ao nosso ver, pôs por terra as razões defendidas pelos que en-

tendiam como crime militar os praticados pelos militares estaduais e federais, entre si, *unicamente pelo status de militar dos agentes e ofendidos*.

A citada Emenda Constitucional nº 18 modificou a redação do já falado artigo 42 da Constituição Federal de 1988, que disciplinava relações administrativas entre a Administração Pública e seus servidores, sendo que os policiais e bombeiros militares, antes chamados de *servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal*, passaram a ser denominados unicamente de *militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal*. Os integrantes das Forças Armadas, ao seu turno, tiveram suas disposições deslocadas para um § 3º do artigo 142, com a denominação simples de *militares*.

Temos então que, ao invés de uma classe de *servidores militares*, federais e estaduais, há que se focalizar duas classes de militares, os propriamente ditos, que são os membros das Forças Armadas, e os *militares dos estados*, que são os policiais e bombeiros militares. Sutil, mas profunda mudança.

Relembre-se, por oportuno, que o artigo 9º do Código Penal Militar, em seu inciso II, alínea *a*, considera como *crime militar* o praticado por *militar* (que agora, constitucionalmente, deve ser lido integrante das Forças Armadas) da ativa contra outro militar da ativa.

Cristalino, ao nosso ver, o fato de que os integrantes das Forças Armadas e os milicianos estaduais são considerados “não-militares” entre si, o que já acontecia, embora com vozes contrárias, antes do novo texto constitucional, que, afinal, ao nosso ver, dirimiu as dúvidas ainda existentes.

Todas as argumentações spendidas ganharam em força com esta recente Emenda Constitucional nº 18, espancando a possibilidade de reconhecimento como *crime militar*, tão-só pela existência da situação do artigo 9º, II, *a*, do Código Penal Militar, os praticados pelos agora denominados *militares* e *militares estaduais*, uns contra os outros. É crime comum, da alçada da Justiça Ordinária Estadual.

4. O abuso de autoridade

Outro crime que pode ser cometido nas hipóteses em tela é o de abuso de autoridade.

Nesse caso, eis que não constando do Código Penal Militar, mas sim de lei extravagante (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965), a análise da questão será, também, da Justiça Comum Estadual, eis que crime comum e não militar.

O motivo, parece-nos, é muito simples: ocorre que a redação do artigo 9º do Código Penal Militar (que define quais condutas devem ser consideradas como crime militar) disciplina que somente são considerados crimes militares os constantes daquele *codex*, definidos de forma diversa da lei penal comum ou nela não previstos (inciso I do artigo 9º), ou, caso tenham igual definição na lei penal comum, somente considerados militares se preencherem determinadas condições, listadas no próprio artigo (inciso II do artigo 9º).

Mas, de qualquer forma, *só é considerado crime militar se previsto no Código Penal Militar*. Caso constante em outro texto legal não poderá estar afeto à Justiça Militar, a quem só compete, conforme já disposto, processar e julgar unicamente os crimes militares (previstos no Código Penal Militar e nas condições ali elencadas).

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência pátria, conforme nota-se nas ementas abaixo transcritas.

ABUSO DE AUTORIDADE – POLICIAL MILITAR – CONCURSO COM LESÕES CORPORAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA O PRIMEIRO E DA MILITAR PARA O SEGUNDO.

“Competência da Justiça Militar Estadual para o julgamento do crime de lesões corporais, cometido por policiais militares em serviço e da *Justiça Comum para o julgamento do abuso de autoridade, não previsto como crime militar*”. (STJ. 3ª seção. V.u Cf. Competência nº 3.320-1 – RS. Reator: Ministro Assis Toledo. DJU, 19 out. 1992, p. 18.214). (Grifos meus)

“Abuso de autoridade. Competência. Crime praticado por policiais militares no exercício de função administrativa civil (Lei nº 4.898, de 9/12/65, arts 3º, 4º e 6º). *Tratando-se do delito previsto apenas na lei penal comum e não na militar, a competência para o processo e julgamento é da justiça comum*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal” (STF. RHC nº 63.145-2-MG. Relator: Ministro Sydney Sanches – grifei).

5. Conclusões

Isto posto, chega-se às seguintes conclusões:

a) A denominação correta para o integrante da polícia e bombeiros militares, conforme Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de

1998, é *militar estadual*, enquanto que o integrante das Forças Armadas é denominado unicamente de *militar*.

b) *Integrantes da Polícia Militar, o patrimônio sob a administração da Polícia Militar e a ordem administrativa da Polícia Militar, para definição de “crime militar”, são considerados militares apenas “intra-corpore”, ou seja, em relação aos seus integrantes*, pelo que um crime perpetrado por civil ou militar das Forças Armadas (militar propriamente dito) contra aqueles será considerado crime comum, de competência da Justiça Ordinária Estadual.

c) O Militar (integrante das Forças Armadas) poderá vir a ser processado por crime militar praticado contra a Polícia Militar (integrantes, patrimônio ou ordem administrativa daquela como ofendido) apenas se incluído em outra hipótese do art. 9º do CPM, que não a da alínea a do inciso II, eis que se desconsidera, para caracterização de crime militar, nessas hipóteses, a situação do ofendido. A competência, nesse caso, será da Justiça Militar da União.

d) Os integrantes das Milícias Estaduais (os *militares estaduais*) poderão cometer crime militar contra integrantes das Forças Armadas, desde que o caso esteja previsto em outra hipótese que não a do art. 9º, II, a, do CPM. A competência, via de regra, será da Justiça Militar Estadual, conforme art. 124, § 5º, da Constituição Federal de 1988.

e) Para existir competência da Justiça Militar da União para o processamento de policiais militares que tenham cometido crime tido por militar, *necessário se faz uma lesão efetiva ao patrimônio ou à ordem administrativa militar federal, ou que a motivação do agente guardasse vinculação entre a causa geradora do delito e a atividade militar, ou, ainda, que existisse ofensa à Instituição Militar, como bem juri-*

dicamente tutelado pelo codex penal militar (art. 9º, inciso III, do CPM).

f) Nos crimes de abuso de autoridade praticados por policiais militares (*militares estaduais*) contra militares (integrantes das Forças Armadas), ou vice-versa, a competência é da Justiça Comum Estadual porque, não estando previsto no Código Penal Militar, não podem tais crimes serem considerados militares.

Para encerrar, realçando a complexidade do tema, traga-se à baila *lição emanada há mais de um século*, que, embora a mudança de legislação nesse período, resta ainda atualizada:

“No processo do conselho de guerra a que respondeu um soldado do Exército, por ter, em estado de embriaguez, promovido desordens, ferindo com uma faca a um official da Brigada Policial da Capital Federal. O Supremo Tribunal Militar em 24 de setembro de 1897, considerando que o crime militar *ratione personae* sómente se verifica quando praticado por militares contra seus camaradas; que o vocabulo – camarada – da tecnologia militar sómente abrange os cidadãos ao serviço do Exército e da Armada, ou de outras forças assemelhadas, quando incorporadas ás ditas classes militares, e portanto pertencendo o réo ao Exército e o offendido á Brigada Policial, isto é, a corporações diversas, extranhas uma da outra, escapa áquella jurisdição do fôro especial militar, reconhece-se incompetente na espécie dos autos, e manda que tenham os mesmos autos o competente destino. Ordem do dia n. 886 de 15 de outubro de 1897”. (CASTELLO BRANCO, Candido Borges. *Consultor militar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898, p. 124)

Medida Provisória nº 1.571/97, art. 7º, § 7º

FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA

SUMÁRIO

1. Princípio da Legalidade. 2. A Medida Provisória nº 1.571/97. 3. A não-reeedição da regra benéfica. 4. Constituição Federal de 1988, art. 62, Parágrafo único. 5. A extensão do benefício.

1. Princípio da Legalidade

A figura do Estado decorre da necessidade do convívio ordenado em busca do progresso social. Na concepção de Kant, “é o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral de liberdade” (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. Forense, 1980. p. 100).

Ao desenvolver seu papel de regulador das relações sociais, o Estado intervém na vida privada, exige, ordena, coage. É forma de resolver as tensões decorrentes dos valores da liberdade e da igualdade.

Desde sempre, porém, o pacto social impôs limites a essa intervenção, sob pena de se desfigurar a função estatal, a ponto de se transformar o Estado em um fim em si mesmo.

A criação de regras de convivência com natureza sancionatória constitui a expressão mais evidente da ingerência do poder regulador.

E, dentro desse âmbito, as normas penais, com seu caráter de *ultima ratio*, trazem a conotação mais grave de ingerência.

Por isso, sempre houve certa reserva à imposição de sanções penais com dose exagerada de arbítrio.

O Direito Romano já conhecia a limitação das imputações, ainda que mitigada a tutela pela aplicação da analogia, como se vê em Sebastian Soler.

A preocupação foi expressa na Magna Carta de 1215:

“No freeman shall be taken or imprisoned, or disseised, or outlawed, or banished, or any ways destroyed, nor will we pass upon him, nor will we send upon him, save by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land” (SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. v. 1. La Ley, 1945. p. 119).

Esse poder de polícia que propicia ao Estado impedir o exercício da liberdade, do resguardo do patrimônio e, antigamente, da vida ou da própria integridade corporal haveria de ser limitado.

Tal o enfoque dos iluministas ao preconizar um novo sistema de poder, com representação popular.

Os limites da ação estatal devem ser traçados pela lei à qual está atrelado o administrador. E, no que diz respeito à aplicação de sanções penais, a garantia do indivíduo contra a prepotência do Estado se consubstancia no princípio de que é impunível conduta que não esteja previamente disciplinada por lei. Mais ainda, vedada a aplicação analógica da norma penal.

Foi sobre essas bases filosóficas que se construiu o princípio que Feuerbach, mais adiante, expressou pelo aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Portanto, a garantia é *individual*. O princípio da legalidade foi construído à base de defender o cidadão contra o arbítrio estatal.

Inviável cogitar-se de tal princípio a fim de se tutelar a sociedade.

Se à lei, expressão normativa do Estado, por meio de seus poderes constituídos, reserva-se o poder de criar normas penais, há de ser respeitado o sistema institucional de criação de tais regras.

Modernamente, a função legislativa do Poder Executivo se alargou, conhecendo-se a instituição do decreto-lei em várias legislações.

A forma excepcional de poder normativo, com limites definidos, é uma decorrência das novas funções do poder público, de intervenção crescente, supondo-se uma atividade de agilidade suficiente para enfrentar as mudanças rápidas das relações sociais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 substituiu esse poder peculiar do Executivo, abrogando o decreto-lei, com preferência pela denominada medida provisória.

Parece não haver dúvida de que tais regras excepcionais não têm a capacidade de criar figuras penais ou, por qualquer modo, normas onerosas à pessoa dos acusados.

Nesse sentido, praticamente toda a doutrina, como pode-se constatar do *Tratado de Derecho Penal* de Luiz Jiménez de Asúa, entre outras obras de maior autoridade doutrinária.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro já desautorizara a criação de tipos penais por decreto-lei. E o fez, também, em relação às medidas provisórias.

Entretanto, o que se põe em dúvida é a possibilidade de criação de regras *benéficas* ao réus, mediante medida provisória.

Interessante observar que a doutrina sequer cuida do assunto, porque parece evidente, como já se salientou, que é incorreto socorrer-se do princípio da reserva legal para impedir a instituição dessas regras benéficas. Se a proteção é do indivíduo, impedir que o Estado o favoreça não lhe preserva qualquer garantia. Ao contrário, o princípio viria em seu prejuízo.

Se não é conveniente legislar por medida provisória em matéria penal, a fim de não se alargar o Poder Executivo, especialmente em matéria de crimes econômicos, numa fase de forte influência neoliberal, é problema que refoge da garantia inculpada no texto constitucional ratificado pelo artigo 1º do Código Penal.

Dessa maneira, impossível imaginar-se a inconstitucionalidade de uma medida provisória que beneficia os acusados, por afronta a garantia constitucional do próprio acusado.

Também não há como pensar-se em lesão à separação de poderes, ou de competências como seria mais apropriado falar, já que não se divide poder, porque o sistema constitucional é que atribuiu poder ao Executivo para editar normas, por meio de medidas provisórias, com força de lei.

2. A Medida Provisória nº 1.571/97

Como juiz componente da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tive oportunidade de proferir voto na apelação criminal nº 97.04.30657-1-RS. Na ocasião, considerei:

“O brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege* é atribuído a Feuerbach, e expressa o princípio da reserva legal, que foi uma das maiores conquistas do iluminismo em matéria jurídico-penal.

Como refere Carlos Fontán Balestra, *el derecho penal ha entrado en una fase*

decididamente técnica, como consecução de la necesidad de asegurar las libertades individuales en los Estados de derecho. En esa misión de garantía que ya le asignara Francesco Carrara, el derecho penal ha encontrado uno de los motivos fundamentales de su propia existencia. (Misión de garantía del Derecho Penal. Depalma, 1950. p. 9).

A condição da prévia existência de lei formal para a punição dos atos praticados na vida de relação erigiu-se como garantia do indivíduo contra a prepotência do Estado. Uma forma de limitar os poderes estatais, numa visão institucional modificada em que o governo passa a ter uma fisionomia de representação do poder popular.

As garantias e os direitos individuais se reportam, assim, aos indispensáveis limites no exercício de poder do Estado.

A CF de 1988, no Título II, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Garante-se o indivíduo contra o poder arbitrário na caracterização dos delitos.

Desse modo, condição para a punibilidade de uma conduta é a existência prévia de lei. E por lei dever-se-á entender o ato resultante de poder normativo emanado do Estado, segundo um processo determinado pelo texto constitucional.

Outrora, houve a dúvida se decretos-leis poderiam criar figuras penais.

Sob a vigência da Carta de 1988, tais decretos-leis foram substituídos pelas medidas provisórias, instituto que teve por modelo os *decreti-legge* previstos no art. 77 da constituição italiana.

No governo Collor foram editadas duas medidas provisórias, de números 153 e 156, criando tipos penais em matéria de delitos econômicos e tributários.

De logo, instaurou-se grande discussão sobre a possibilidade da matéria vir disciplinada através desse novel instituto constitucional.

Na ADIN nº 221-DF, em que foi relatado o Min. Moreira Alves, o assunto não

chegou ao debate, porque a discussão limitou-se à possibilidade de o Presidente revogar as medidas provisórias antes de decorridos os trinta dias de sua vigência.

Todavia, desse julgamento, extraio um trecho do voto do Min. Celso de Mello:

‘As medidas provisórias configuram espécies normativas de natureza infra-constitucional, dotadas de força e eficácia legais. Não se confundem, porém, com a lei, embora transitoriamente se achem investidas de igual autoridade. A cláusula *com força de lei* empresta às medidas provisórias o sentido de equivalência constitucional com as leis.’

A referência demonstra com exatidão o conteúdo e alcance da medida provisória, que tem força de lei mas lei não o é.

O Min. Celso de Mello, por outro lado, na ADIN nº 162-1/DF referiu:

‘O texto constitucional – é bem verdade – não contém limitações materiais explícitas ao exercício do poder de editar medidas provisórias, diversamente do que ocorria com o decreto-lei no regime constitucional anterior.

Essa circunstância, porém, não confere ao Presidente da República o poder de emanar regras materialmente legislativas, mediante edição dessa singular espécie cautelar normativa. O conteúdo material das medidas provisórias não abrange qualquer categoria temática, mas, tão-somente, aqueles assuntos cuja disciplina jurídica, por seu intermédio, se revele compatível com o sistema e os princípios adotados por nossa Constituição.

Assim, há, pelo menos, três princípios cujo valor imperativo restringe o âmbito de incidência material das medidas provisórias: o princípio da divisão funcional do poder, o princípio da Federação e o princípio da liberdade.

Com efeito, o princípio da separação de poderes constitui obstáculo ao irrestrito exercício desse poder normativo excepcionalmente deferido pela Constituição ao Presidente da República. Ele impede que o Chefe do Executivo invada domínio tematicamente reservado à iniciativa dos demais Poderes do Estado. A edição de medidas provisórias configuraria, nesses casos, usurpação da com-

petência constitucional do Legislativo e do Judiciário.

O princípio federativo, que impõe respeito à autonomia político-jurídica das coletividades locais institucionalizadas –, os Estados-membros e os Municípios –, veda ao Presidente da República a interferência normativa em assuntos sujeitos à competência exclusiva daquelas unidades federadas.

O sistema constitucional das liberdades, por sua vez, opõe-se à disciplina, restritiva do *status libertatis*, passível apenas de ação legislativa do Congresso Nacional.

A norma extraordinária, veiculada mediante medidas provisórias, não pode incidir sobre temas concernentes ao próprio *status libertatis*. A liberdade só pode sofrer condicionamentos normativos quando autorizados, estes, por lei formal e não por mera decisão unilateral emanada do Chefe do Poder Executivo da União.

O entendimento sinalizou a proibição de criação de tipos penais, aumento de penas ou imposição de qualquer restrição à condição jurídica de réus em matéria penal, através de medidas provisórias. Ou seja, por lei, no que se refere à garantia do art. 5º, inc. XXXIX, da CF 88, antes transcrito, se deve entender exclusivamente o ato emanado do Poder Legislativo, cumpridas as formalidades do processo legislativo.

Essa orientação foi adotada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* de número 1.068-SP, relator Ministro Costa Lima, ficando assentado no voto do relator que somente a lei na sua concepção formal e estrita – aprovada pelo Congresso, obedecido o devido processo legislativo – será o instrumento competente para definir condutas caracterizadoras de crimes e cominar-lhes sanções.

Penso que é inquestionável a fixação de orientação da jurisprudência com base nesses arestos do STF e do STJ. Medida provisória não é lei para o efeito do princípio da reserva legal em matéria penal.

Todavia, toda a discussão limitou-se a examinar texto de medida provisória que cria tipos ou restrições penais aos indivíduos.

E aquela que beneficia o criminoso? Também incidiria na vedação acima referida?

Entendo que não.

A garantia, como se disse, é do indivíduo contra o arbítrio do Estado. A regra se inspira numa necessidade de limitar o poder estatal, assegurando-se o cidadão contra a surpresa derivada de criação de norma penal restritiva.

Se a regra é benéfica, obviamente não ofende uma garantia. Ao contrário, satisfaz o interesse das pessoas, assegurando-lhes a liberdade. Quer dizer, a garantia só existe e tem significado enquanto tem o indivíduo como destinatário.

Como afirmar-se que uma medida provisória que modifica a situação jurídica de alguém, para o fim de beneficiá-lo, possa estar impedida de normatizar a situação porque encontra obstáculo numa garantia individual? Seria quase uma contradição nos próprios termos: o sujeito está garantido contra o Estado, mas este não pode melhorar a situação daquele, porque encontra óbice na garantia. Então, tal garantia acabaria por operar eficácia negativa, restritiva, ao indivíduo. Seria um ônus, e não uma garantia, nesse caso.

A Medida Provisória nº 1.571-6, de 25-9-97, publicada no *DO* de 26-9-97, estabelece no § 7º do art. 7º:

‘As dívidas provenientes das contribuições descontadas dos empregados e da sub-rogação de que trata o inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, poderão ser parceladas em até dezoito meses, sem redução da multa prevista no *caput*, ficando suspensa a aplicação da alínea “d” do art. 95 da Lei nº 8.212, de 1991, enquanto se mantiverem adimplentes os beneficiários do parcelamento.’

Atualmente, a disposição consta no § 6º da MP 1.571-7, de 23-10-97 (*DO* de 24-10-97).

A omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados caracterizava crime omissivo próprio e de mera conduta. No dia aprazado, não havendo o recolhimento aos cofres da Previdência dos valores descontados, estava consumado o crime, independentemente de qualquer outra indagação.

A situação foi modificada pela Medida Provisória 1.571-6/97. Além da omissão do recolhimento, deve haver a omissão em postular o parcelamento. Porque se a aplicação do artigo incriminador fica suspensa à espera do parcelamento, conduta típica ainda não haverá.

Como dizer que dessa medida provisória não podem se beneficiar os contribuintes com base em uma garantia que é só deles, não do Estado?

A medida provisória, quando beneficia o criminoso, pode ser expedida em matéria penal. Do mesmo modo que uma lei posterior, ela pode retroagir *in melius*. Incide o mesmo princípio.

Obviamente, não poderia o Executivo, arbitrariamente, descriminalizar comportamentos através de qualquer ato normativo. Ocorre, entretanto, que tem o poder de editar atos normativos com força de lei, como é o caso das medidas provisórias em nosso ordenamento constitucional. Então, a descriminalização é viável por meio de medidas provisórias.

Válida e eficaz a regra do § 7º do art. 7º da MP 1.571-6/97, impõe-se analisar seu alcance.

Fala o citado § 7º em suspensão da aplicação da alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212/91.

O que se deve entender pela expressão utilizada?

Orlando Gomes, reportando-se à concretização do fato jurídico, ensina:

‘A função que exerce é a de ser seu elemento de propulsão. Por seu intermédio as normas jurídicas movimentam-se. É, portanto, o elemento dinâmico do jurídico.

Sem o fato, a relação jurídica não se forma concretamente. Por isto, diz-se que converte, em relação concreta, a relação abstrata. É, em suma, o vínculo jurídico que liga os sujeitos de direito ou o sujeito ao objeto do direito subjetivo submetendo uma coisa ao seu poder.’ (*Introdução ao Direito Civil*, Forense, 1965. p. 215).

O fato do mundo dos fatos se jurisdiciza quando recebe o colorido da norma pela sua incidência. Antes de aplicar-se a norma, o fato não interessa ao mundo jurídico, não penetra nele.

A aplicação é a incidência da regra pela realização de seu suporte fático.

Não se haverá de aplicar regra sem que o comportamento ou situação se ajuste à descrição do preceito.

Aplicação constitui termo vinculado à noção de incidência da lei. No sistema jurídico-penal brasileiro podemos constatar isso, por exemplo, pela leitura dos artigos 5º e 35 do Código Penal.

Por tal maneira, se a incidência depende da realização de todos os elementos do tipo (*tatbestand*), enquanto isso não ocorrer, incidência inexistirá permanecendo a regra no plano objetivo, abstrato.

Só permanece suspensa a aplicação de uma figura típica enquanto não preenchidos todos os elementos de sua definição legal ou, pelo menos, nem tenha sido o crime tentado.

A conclusão é a de que a medida provisória em debate, quando se referiu à suspensão da aplicação da alínea *d* do art. 95 da Lei 8.212/91, criou regra que deu nova configuração ao tipo penal. Agora, o crime passou a ser deixar de recolher e deixar de requerer o parcelamento. Porque, enquanto for possível pedir o parcelamento, não haverá a aplicação do artigo de lei incriminador.

Deu-se nova dimensão ao tipo. Ajustou-se um outro elemento típico.

Não mais é possível punir pela mera conduta – omissão de recolhimento – porque não é assim que quer o legislador.

Extrai-se dos ensinamentos de Mario O. Folchi:

‘La adecuación típica es el encuadramiento de una conducta en el tipo legal. Esta labor de encaje se realiza por medio del *proceso de subsunción*, en cuya virtud el intérprete analiza un quehacer humano y encuentra en él la descripción abstracta recogida en el tipo de delito. En el mismo instante en que se precisa esta tarea, la ley deja su estado inerte y cobra vigor al contacto con el mundo viviente.’ (*La importancia de la tipicidad en Derecho Penal*. Depalma, 1957. p. 106).

Se a aplicação do artigo que tipifica a conduta depende da omissão do recolhimento e da omissão em requerer o parcelamento, claro está que, enquanto esta

última providência não se concretizar, não terá havido subsunção, processo de identidade entre o fato descrito no preceito e o fato vivido. Assim, será hipótese de atipicidade da conduta.

Ora, tratando-se de norma que beneficia o acusado tem efeito retroativo. O art. 5º, inc. XL, da CF 88 diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Poder-se-ia cogitar de que a espécie teria criado uma condição de punibilidade, assim explicada por Magalhães Noronha:

‘Em regra, tem-se como condição objetiva (estranha, portanto, à culpa do agente) de punibilidade a circunstância extrínseca ao delito, da qual depende a punição deste.’ (*Direito Penal*. Saraiva, 1967. p 121).

Não parece ser o caso do § 7º do art. 7º da MP 1.571-6/97.

Se o tipo se aplicasse, incidisse, mas estivesse condicionado ao parcelamento para haver a punição, nunca teria sua incidência *suspensa*. Seria aplicável, mas a punição estaria sujeita a condição.

Desse modo, não há falar-se em condição objetiva de punibilidade.

De qualquer modo, se de tal espécie se tratasse, as conseqüências práticas seriam quase as mesmas. O crime existiria, entretanto impossível puni-lo enquanto pendente o prazo para parcelamento da dívida.

Muito menos em condição de procedibilidade, que supõe ter incidido o tipo, todavia a regra processual obstaculiza o processamento da ação penal, por uma questão que o legislador entende deva ser cumprida. Por exemplo, a representação nas ações penais condicionadas à representação.

Também não se trata de causa extintiva de punibilidade que pressupõe, pelo menos, a viabilidade de aplicação da pena. Não havendo a incidência do tipo, de pena não se cogitará, não havendo o que ser extinto.

Estou convencido de que houve uma maquiagem no tipo. Agregou-se um elemento ao mesmo. O delito não é mais simplesmente deixar de recolher as contribuições previdenciárias no prazo devido; além disso, há de o autor ter se omitido em requerer o parcelamento do débito.

É forma esdrúxula, medíocre técnica legiferante, mas que acaba por criar tal efeito penal.

O problema que de imediato espanta o intérprete é que, em verdade, não existe prazo para o contribuinte requerer o parcelamento. O prazo do *caput* do art. 7º da MP 1.571-6/97 não é aplicável ao seu § 7º.

Assim, se inexistente limitação temporal, o devedor poderá postular o parcelamento até que desapareça o direito do credor pela decadência da dívida.

Essa constatação faz concluir que, praticamente, foi descriminalizada a conduta de omitir o recolhimento aos cofres previdenciários das contribuições descontadas dos empregados.

Pelo menos, algumas ilações podem ser tiradas da nova regra em discussão: primeiro, tem que se dar oportunidade, nos processos atuais, porque há retroação *in melius*, para que os réus manifestem o interesse por parcelar a dívida; em segundo lugar, se houve o parcelamento ou pagamento, mesmo posteriormente ao recebimento da denúncia, impõe-se a absolvição, porque reconhecida a inexistência do crime.

Tenho dúvidas em relação à validade da expressão contida no § 7º em referência: enquanto se mantiverem adimplentes os beneficiários do parcelamento. É que a medida provisória criou nova exigência para a configuração do crime, beneficiando os réus, e nisso é válida, entretanto em seguida criou uma restrição e, quanto a tal aspecto, porque há restrição à situação jurídica do acusado, deixa de ser válida.

Bem evidenciado o interesse do governo em melhorar a situação do caixa da Seguridade Social. Não acredito, porém, que o instituidor da regra tivesse se apercebido do alcance que teria a modificação imposta.”

3. A não-reedição da regra benéfica

As medidas provisórias, no Brasil, estão sendo numeradas em suas reedições.

Assim, até a MP 1.571-7 havia a disposição transcrita anteriormente.

Porém, em 20-11-97, surgiu a oitava edição da MP 1.571, que dispôs no art. 7º, § 6º, simplesmente o seguinte:

“As dívidas provenientes das contribuições descontadas dos empregados e da sub-rogação de que trata o inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, poderão ser parceladas em até dezoito meses, sem redução da multa prevista no *caput*.”

Ao que parece, o Executivo percebeu a aberração normativa que cometera, ao editar regra de técnica deficiente, gerando inúmeras dúvidas. Logo, tratou de desfazer o erro, eliminando a disposição na reedição operada pela MP 1.571-8.

O problema que surgiu foi de direito intertemporal, já que, tratando-se de norma penal favorável ao acusado, haveria de operar ultratividade.

Desse modo, todos os fatos ocorridos até o advento da MP 1.571-8 sofreriam a disciplina benéfica da regra anterior em julgamento posterior à MP 1.571-8.

A irretroatividade *in pejus* é corolário do princípio da legalidade. Se não há lei anterior, impossível a imputação da prática de delito. Em virtude disso, nos julgamentos ocorridos sob a vigência da lei nova incriminadora, sempre se haverá de aplicar a antiga, com o que se garante a eficácia além dos limites (ultratividade).

A questão que ora se discute seria simples se incidisse pura e singelamente o princípio de direito intertemporal mencionado.

Acontece que a situação é peculiar, demandando um esforço de interpretação para se concluir que inexistente a ultratividade da MP 1.571-7.

4. Constituição Federal de 1988, art. 62, Parágrafo único

O art. 62 da Constituição Federal de 1988 tem a seguinte redação:

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

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação,

devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Se a medida provisória *perde eficácia* com sua não conversão, muito mais com sua não reedição.

Dessa maneira, se não mais produz efeito, a norma foi retirada do sistema.

Todavia, na transitoriedade de sua incidência, terá o texto normativo afetado situações jurídicas, que não podem ser ignoradas pelo legislador.

A solução do constituinte foi a de atribuir ao Congresso Nacional (poder legislativo por excelência) a competência para dispor sobre a disciplina das relações jurídicas derivadas da eficácia limitada da regra não-convertida.

Parece óbvio que tal competência também acontece em relação a medida provisória com supressão de texto em reedição, como é a hipótese em debate.

O que pretendo afirmar é que somente o Congresso Nacional pode disciplinar as relações decorrentes da eficácia da MP 1.571, até sua sétima edição, no que diz respeito ao § 6º do art. 7º.

Como poderia o Judiciário aplicar essa disposição para beneficiar o réu? Não estaria o poder judicante exercendo disciplina afeta exclusivamente ao Congresso Nacional?

Por outro lado, o citado Parágrafo único do art. 62 parece ter a intenção de atribuir ao Poder Legislativo competência para dirimir questões decorrentes da eficácia limitada da medida provisória não-convertida, a fim de repor situações concretas afetadas, danos emergentes pela incidência da regra, modificações particularizadas de situações jurídicas.

Houve a preocupação de se remediar um possível erro ou abuso do Poder Executivo ao editar a medida provisória.

Essa disciplina de que trata o Parágrafo único do art. 62 da CF 88, que se traduz pelo decreto legislativo, não se pode constituir numa norma geral e abstrata, como se lei fosse.

Então, se um decreto legislativo, a pretexto de disciplinar as relações decorrentes da aplicação da MP 1.571, de sua 1ª até a 7ª edição, em seu art. 7º, § 6º, garantisse a modificação do tipo penal da Lei nº 8.212/91 a todos os fatos ocorridos até o advento da MP 1.571-8, em verdade estaria a criar uma lei penal de efeitos limitados. A solução, como se disse, não atenderia

à finalidade do Parágrafo único do art. 62 da Carta, que pretendeu regra de reposição de situações concretas, não a criação de uma norma geral e abstrata.

O problema poderá suscitar polêmica e é bom que seja colocado.

No Supremo Tribunal Federal foi interposta uma ação direta de inconstitucionalidade pelo Ministério Público Federal, que sustenta não poder a medida provisória dispor sobre matéria penal, mesmo beneficiando o réu.

Se a Corte Suprema entendesse que o pedido perdera objeto pela não-reedição da norma benevolente, da decisão defluiria que o texto não-reeditado não poderia operar ultratividade. Se isso fosse possível, persistiria o interesse no reconhecimento da inconstitucionalidade. Quer dizer: perde objeto a arguição de inconstitucionalidade, quando não mais existe regra aplicável, o que faz desaparecer o interesse na demanda.

No entanto, como se vê da ADIN nº 1.705-8, o Pretório Excelso deixou de enfrentar o problema, porque considerou prejudicado o pedido do Ministério Público tão-somente por não ter juntado o aditamento com a reedição da medida provisória.

5. A extensão do benefício

Supondo que a regra do citado art. 7º, § 6º, da MP 1.571-7 operasse ultratividade, a ser reconhecida no julgamento, independentemente de disciplina pelo Congresso Nacional, e que tivesse criado hipótese de extinção da punibili-

dade pelo parcelamento, aí, então, seria de indagar-se se não teria sua aplicação garantida ao crime de omissão de recolhimento de outros tributos, que não a contribuição social.

Quer dizer, em relação ao crime previsto no art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.137/90, também o parcelamento posterior ao recebimento da denúncia poderia acarretar a extinção da punibilidade.

Admitidos os pressupostos, acima elencados, com o que não concordo, seria possível a extensão da regra, porque a interpretação analógica *in bonam partem* é admitida no direito penal.

Lembre-se do que ocorreu com o surgimento da Lei nº 9.249/95, que estabeleceu em seu art. 1º:

“Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Não falou o legislador no crime previsto na Lei nº 8.212/91, art. 95, letra *d*.

Então, o Superior Tribunal de Justiça, por decisões reiteradas, assegurou a aplicação analógica da norma que criou a causa extintiva da punibilidade aos crimes de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias.

Ora, não haveria por que adotar-se outra solução, agora, em relação ao benefício instituído pelo art. 7º, § 6º, da MP 1.571, até sua 7ª edição.

Publicidade oficial e a lei eleitoral

ANILDO FABIO DE ARAUJO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A publicidade oficial. 3. A Lei eleitoral. 4. Conclusão.

1. Introdução

A publicidade é resultante da capacidade de criação e desenvolvimento que caracteriza a espécie humana. Fruto da atividade cerebrina do homem, a publicidade tem-se tornado um dos meios mais eficientes de difusão e de divulgação de fatos, produtos, serviços, ideologias e conhecimentos engendrados pelo homem. Para a sua compreensão, é preciso, além da análise objetiva da mensagem divulgada, uma análise subjetiva de seus objetivos.

2. A publicidade oficial

A publicidade oficial (do governo) era regulada, no âmbito federal, pela legislação ordinária, gozando os agentes públicos de ampla discricionariedade. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, consagrou-se disposição estabelecendo:

“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos” (art. 37, § 1º).

O Congresso Nacional demonstrou, em várias ocasiões, interesse em regulamentar o assunto. Todavia, infrutíferas têm sido suas atividades. Na órbita federal, o Poder Executivo

Anildo Fabio de Araujo é Advogado; Técnico Processual do Ministério Público da União/Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios; Especialista em “Ordem Jurídica e Ministério Público” pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e “Direito Processual Civil” pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual/Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa.

regulou, autonomamente, o assunto, estando em vigor o Decreto nº 2.004, de 11 de setembro de 1996. O novo regulamento estatui, no art. 1º, parágrafo único, que *é vedada a publicidade que, direta ou indiretamente, caracterize promoção pessoal de autoridade ou de servidor público*. Dispõe também que a contratação de agência de propaganda obedecerá a legislação em vigor, com prévia *licitação*.

As Assembléias Legislativas dos Estados federados, exercendo o poder constituinte decorrente, elaboraram as respectivas Constituições Estaduais, promulgando-as em 1989.

A prática de atos visando à promoção de personalidades é tradicional no Brasil. Esse comportamento é resultante do sistema unipessoal de governo existente no país. A partir do Governo de Getúlio Vargas, houve um aumento dos atos pessoais, visando engrandecer a pessoa do Presidente da República e demais membros de Poder. A concentração de poder e a falta ou precariedade de controle têm colaborado com os abusos e ilegalidades. Os vícios na publicidade oficial ocorrem em todos os Poderes do Estado, em todas as esferas (federal, estadual, distrital e municipal). Em maior número, são praticados no Poder Executivo e no âmbito municipal, principalmente nas cidades de médio e pequeno porte.

O controle da publicidade oficial pode ser feito externa e internamente. O *controle externo* da publicidade estatal abusiva pode ser exercido por meio de diversos mecanismos e institutos constitucional ou legalmente previstos. Algumas garantias constitucionais podem ser manuseadas pelos respectivos legitimados, tais como o direito de petição e de certidão, a *ação popular*, o mandado de segurança individual ou coletivo, a *ação civil pública*, etc. As ações judiciais podem ser propostas perante os Juízes (federais ou estaduais) de Primeira Instância.

De acordo com o § 1º, art. 37 da Constituição, a publicidade deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social. A veiculação de publicidade institucional com fim diverso destes configura *desvio de finalidade* e desrespeito ao princípio da legalidade administrativa.

Os símbolos oficiais podem ser veiculados na publicidade pública. É até recomendável, pois facilitam a identificação e distinção, quase sempre necessária para o alcance de seus fins. *As logomarcas, nomes e frases pessoais são vedadas pelo ordenamento jurídico*.

3. A Lei eleitoral

A legislação eleitoral, em consonância com o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, consagra vários dispositivos, restringindo a publicidade oficial. A Nova Lei Eleitoral (Lei federal nº 9.504, de 30.9.97) trata do assunto. Vejamos:

“Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 05 de julho do ano da eleição”.

“§ 1º Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*.”

“§ 2º No segundo semestre do ano da eleição, não será veiculada a propaganda partidária gratuita prevista em lei nem permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão.

“§ 3º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de vinte mil a cinquenta mil UFIR ou equivalente ao custo da propaganda, se este for maior.

“Art. 40 O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR.

“Art. 73 São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(*omissis*)

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

(*omissis*)

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

(*omissis*)

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição;

(*omissis*)

“§ 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

(*omissis*)

“§ 3º As vedações do inciso VI do *caput*, alíneas *b* e *c*, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

“§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

“§ 5º No caso de descumprimento do inciso VI do *caput*, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o agente público responsável, caso seja candidato, ficará sujeito à cassação do registro.

“§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

“7º As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

“§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

“Art. 74 Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.

“Art. 78 A aplicação das sanções cominadas no art. 73, §§ 4º e 5º, dar-se-á sem prejuízo de outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes”.

O art. 96 da Nova Lei Eleitoral estabelece, como regra, que

“as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato, e devem dirigir-se: I - aos Juízes Eleitorais, nas eleições municipais; II - aos Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições federais, estaduais e distritais; III - ao Tribunal Superior Eleitoral, na eleição presidencial”.

4. Conclusão

Os Poderes Públicos devem utilizar, na publicidade oficial, somente símbolos oficiais (bandeira, brasão, armas e hino), de modo correto e impessoal, e o nome do ente e/ou órgão público (Governo Federal ou Estadual ou Municipal, Prefeitura ou Câmara Municipal, Ministério ou Secretaria de Educação, de Saúde, do Trabalho, etc.) na veiculação de suas atividades.

Os servidores públicos, as autoridades e/ou candidatos a cargos eletivos devem observar as disposições constitucionais (art. 37, § 1º, CF/88) e legais (arts. 36, 40, 73 e 78 da Lei nº 9.504, de 30.9.97), esforçando-se no cumprimento da

legislação, sob pena de serem responsabilizados administrativa, civil, eleitoral, penal e politicamente.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais Regionais Eleitorais tem se

consolidado no sentido da fiel observância dos dispositivos constitucionais e legais citados. Atualmente, o Tribunal Superior Eleitoral está analisando o tema, sendo que já se posicionou, em medida liminar, pela vedação do uso de *slogans* na publicidade institucional.

Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de Direito Público na Lei nº 9.605/98

GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO E
SOLANGE TELES DA SILVA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aspectos gerais da responsabilidade penal da pessoa jurídica: a) Previsão constitucional; b) Adequação das penas; c) Direito francês. 3. Sujeito ativo: a) Pessoa jurídica – definição; b) Pessoas jurídicas de Direito Público: b.1. Sujeição ao princípio da legalidade; b.2. Caráter estigmatizante da sanção penal imposta às pessoas jurídicas; b.3. Inadequação das penas às pessoas jurídicas de Direito Público; b.4. Atendimento ao interesse público. 4. Co-autoria: a) Diferentes modalidades de co-autoria; b) Agente público. 5. Conclusão.

1. Introdução

A tendência de responsabilização penal das pessoas jurídicas é mundial e tem como escopo superar “a deficiência das apurações na esfera administrativa”¹. Essas deficiências decorrem, muitas vezes, da falta de funcionários nos órgãos de controle e fiscalização e, em última análise, do próprio sucateamento dos órgãos governamentais. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama – realizou, por exemplo, no decorrer do ano de 1994, apenas 105 inquéritos administrativos e sindicâncias, um número que, convenhamos, é irrisório diante da extensão territorial de nosso país e das constantes denúncias de lesões ao meio ambiente diariamente noticiadas pelos meios de comunicação

Guilherme José Purvin de Figueiredo é Procurador do Estado de São Paulo, Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Professor de Direito Ambiental da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP e da Faculdade de Ciências Jurídicas da USF.

Solange Teles da Silva é Advogada, doutoranda em direito ambiental pela Universidade Paris I e bolsista do CNPq.

¹ FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 19.

e pelas organizações não-governamentais ambientalistas. Ressalte-se que

“a necessidade de se trazer para o processo penal a matéria ambiental reside principalmente nas garantias funcionais do aplicador da sanção. O Poder Judiciário, a quem caberá aplicar a sanção penal contra a pessoa jurídica, ainda tem garantias que o funcionário público ou o empregado da Administração indireta não possuem ou deixaram de ter”².

Numa análise do Direito comparado, observa-se que teve especial relevo a inserção, pelo legislador francês, da responsabilidade penal da pessoa jurídica no novo Código Penal³, o que fez

“guiado pela preocupação de reforçar a eficácia da repressão. Segundo a exposição de motivos ‘a imunidade atual das pessoas jurídicas é completamente inadmissível, uma vez que elas estão sempre, pela amplitude dos meios que elas dispõem, na origem de graves danos à saúde pública, ao meio ambiente, à ordem econômica ou à legislação social’”⁴.

Pode-se ainda elencar, entre os países precursores que adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a Noruega (Lei de 13-3-81, emendada pela Lei de 15-4-83), Portugal (Decreto-lei 28, de 20-1-84) e a Venezuela – esta última dentro do campo específico da tutela do meio ambiente (lei penal ambiental de 1992)⁵.

Seguindo essa tendência, no Brasil foi promulgada a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de

1998⁶, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, adotando a responsabilidade penal da pessoa jurídica em caso de ofensa ao meio ambiente. Esta lei sistematiza a tutela penal e administrativa ambiental, contemplando aspectos do meio ambiente natural, cultural e artificial⁷. Não tratou expressamente do meio ambiente em seu aspecto laboral. Entretanto, alguns dispositivos nela constantes poderiam ter plena aplicabilidade para a tutela da vida e da saúde do ser humano no ambiente de trabalho⁸.

São inúmeras as questões que se colocam diante da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente de acordo com o artigo 3º da Lei nº 9.605/98. Este estudo limitar-se-á à análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica em face do Direito Administrativo. Os aspectos gerais da responsabilidade penal da pessoa jurídica serão estudados num primeiro momento, para então ser demonstrada a inadequação da aplicação desse tipo de responsabilidade às pessoas jurídicas de Direito Público, que em nenhum momento são especificamente mencionadas pela lei em questão. Numa segunda etapa, o estudo dedicar-se-á à co-autoria e à responsabilidade do agente público pelo cometimento de crime tipificado pela nova lei ambiental.

⁶ Publicada no D.O.U. em 13 de fevereiro de 1998.

⁷ Comentários sobre esses três aspectos do meio ambiente ver : SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo : Malheiros, p. 3.

⁸ É o caso do artigo 54, que tipifica como crime punível com reclusão, de um a quatro anos (aplicável ao diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica empregadora, cf. artigo 2º), e multa (aplicável à empresa) àquele que causar poluição (e um ambiente de trabalho insalubre é um ambiente poluído) de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana (e, portanto, do trabalhador). Seria possível, ainda, a aplicação do artigo 60, que comina a pena de detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente, a quem construir, reformar, ampliar, instalar ou fizer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes. Assim, no que diz respeito à tutela do trabalhador no meio ambiente de trabalho, por aplicação desta norma penal em branco, o descumprimento das Normas Regu-

² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. 1998. p. 591.

³ Mediante quatro leis de 22 de julho de 1992, foi publicado novo Código Penal francês. Uma quinta lei de 16 de dezembro de 1992, chamada de “lei de adaptação”, foi promulgada modificando o Código de Processo Penal e outras leis esparsas. O novo Código Penal entrou em vigor em 1º de março de 1994.

⁴ “... guidé par le souci de renforcer l’efficacité de la répression. Selon l’exposé des motifs ‘l’immunité actuelle des personnes morales est d’autant plus choquante qu’elles sont souvent, par l’ampleur des moyens dont elles disposent, à l’origine d’atteintes graves à la santé publique, à l’environnement, à l’ordre économique ou à la législation sociale’”. (nossa tradução) DESPORTES, Frédéric. La responsabilité pénale des personnes morales en droit français. *Cahiers Juridiques d’Électricité et du Gaz*, n. 519, p. 93, mars 1996.

⁵ MACHADO, op. cit., p. 598-599.

2. Aspectos gerais da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Neste tópico será analisada a previsão constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como também a adequação das penas, constatando-se que a responsabilidade penal é aplicável às pessoas jurídicas. De maneira sucinta, será realizado um estudo do Direito francês em relação ao tema.

a) Previsão constitucional

Na análise de alguns juristas, a responsabilidade penal da pessoa jurídica afronta os princípios basilares do Direito Penal⁹. O entendimento doutrinário do tema está longe de ser pacífico¹⁰. É certo, porém, que o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 admite expressamente a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica no caso de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente¹¹.

Algumas questões a esse respeito merecem nossa atenção. Os atos praticados pela pessoa jurídica ocasionam reflexos tanto na vida social quanto no mundo jurídico. Esses atos constituem a expressão da vontade da pessoa jurídica, que

“(…) pode originar-se de um somatório ou de um consenso de vontades individuais

lamentadoras do Ministério do Trabalho – como por exemplo a NR-18, sobre Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção, ou a NRR-5, sobre a utilização de agrotóxicos e afins, fertilizantes e corretivos utilizados no trabalho rural – poderia ser tipificado como crime.

⁹ Afirma René Ariel Doti que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos, não podendo os crimes e contravenções ser praticados por pessoas jurídicas. (A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 11, p. 201, 1995).

¹⁰ “A resistência à inclusão das pessoas jurídicas é devida aos princípios que orientam o moderno Direito Penal e às tradicionais sanções, que, exceto a multa, não se adaptam a essas sociedades”.: CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 158.

¹¹ Artigo 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” (cf. também art.173, § 5º).

ou emanar de alguém que forme a sua vontade no interesse dela”¹².

Saliente-se que a vontade da pessoa jurídica pode até mesmo ser diferente da vontade da pessoa física que a representa.

“A complexidade na elaboração da vontade da pessoa jurídica, longe de torná-la imperfeita, é, ao contrário, uma autêntica deliberação de vontade, como já é reconhecido pelos outros ramos do Direito. Esse fenômeno faz parte da realidade jurídica, só o direito penal vem relutando em reconhecê-lo”¹³.

É, portanto, perfeitamente possível estabelecer uma relação entre a pessoa jurídica e a sua conduta.

No Direito brasileiro, a norma constitucional prevista no § 3º do artigo 225, de caráter programático, passa a ter aplicação com o advento da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. As infrações descritas nesta lei referem-se aos crimes contra a fauna, crimes contra a flora, crimes de poluição e outros crimes ambientais, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e crimes contra a administração ambiental. Apenas no que concerne às infrações descritas na lei em questão é que a lei permite responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. A ação penal é pública incondicionada. Esta lei também realiza uma adequação das penas às pessoas jurídicas, como veremos a seguir.

b) Adequação das penas

Inicialmente observa-se que a necessidade de adoção de penas adequadas à pessoa jurídica encontra amparo no próprio texto constitucional. Os artigos 170, VI, e 173, § 5º, prevêem que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada por atos praticados contra a ordem econômica¹⁴,

¹² BERGER, Gilda Pereira de Carvalho. *ODireito Penal e a proteção do meio ambiente*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1992. p. 6.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Artigo 170, VI, da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente.”

inclusive por aqueles praticados contra o meio ambiente, independentemente da responsabilidade individual de seus dirigentes, adotando-se para tanto “punições compatíveis com a sua natureza”¹⁵.

A adequação das penas às pessoas jurídicas é necessária¹⁶, uma vez que não é possível impor-lhes penas corporais¹⁷. Também é necessário delimitar as respectivas responsabilidades¹⁸: da pessoa física que realizou, ordenou ou permitiu a conduta, enfim, que exprimiu deliberadamente sua vontade por meio da realização de um ato; e da pessoa jurídica cuja vontade foi manifestada por um ato determinado. É possível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica que cometa crime ambiental previsto na lei em questão¹⁹. A Lei nº 9.605/98 elenca em seu artigo 21 as penas aplicáveis: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade.

Inicialmente, consigne-se que a cominação da pena de multa aplicável à pessoa jurídica pelo cometimento de crime previsto na lei difere da multa administrativa no que diz respeito ao seu montante e à sua destinação. Enquanto os valores mínimos da multa pelo cometimento de

¹⁵ Artigo 173, § 5º, da Constituição Federal de 1988: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

¹⁶ Artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

¹⁷ “As penas, se lei vier a ser editada, não serão evidentemente corporais” (FREITAS, V. P. de, FREITAS, G. P. de, op. cit.). “É certo que há evidente incompatibilidade entre as pessoas jurídicas e as penas privativas de liberdade” (CERNICHIARO, COSTA JUNIOR, op. cit.).

¹⁸ Artigo 5º, LXV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹⁹ A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica respeita o princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

crime e da multa decorrente de infração administrativa são equivalentes, no que diz respeito aos valores máximos, é grande a disparidade: a multa penal máxima não atinge o patamar de 1/70 do valor da multa administrativa máxima²⁰. Cumpre, também, destacar que a multa penal é, nos termos do artigo 49, *caput*, do Código Penal, destinada ao Fundo Penitenciário, ao passo que a multa por infração administrativa deverá ser revertida ao Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 7.797/89), ao Fundo Naval (Decreto nº 20.923/32), a fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador²¹.

Conclui-se que a multa, na esfera penal, representa apenas um *plus* à sanção moral representada pela própria condenação criminal. Não é, portanto, desarrazoada a disparidade dos valores máximos das duas modalidades de multa – a sanção penal e a sanção administrativa –, já que inteiramente distintas são as suas destinações. Ademais, não se deve esquecer que o pagamento dessas multas não desobriga o poluidor do pagamento de indenização civil.

Ressalte-se ainda que “a penalidade administrativa não está condicionada ao prévio pronunciamento da instância criminal”²². Mesmo porque, não sentenciando o Judiciário, seja em virtude da inexistência do fato, da negação da autoria ou do reconhecimento de excludente, esta eventual absolvição criminal não terá

²⁰ Na data da elaboração deste artigo (maio de 1998), observa-se a seguinte situação: com base no disposto no artigo 49, *caput* e § 1º, do Código Penal (com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) e no artigo 18 do Código Penal, tomando-se por base o salário-mínimo vigente no mês de maio de 1998 (R\$ 130,00), a pena mínima de multa será de R\$ 43,33, isto é, o equivalente a dez dias-multa mínimos (R\$ 4,33) multiplicados por um trigésimo do salário mínimo; a pena máxima, por seu turno, será de R\$ 702.000,00, valor obtido a partir da multiplicação do valor de R\$ 650,00, equivalente a cinco vezes o salário mínimo – dia-multa máximo – § 1º do artigo, 49 do Código Penal) por 360 (parte final do *caput* do artigo 49 do Código Penal), alcançando-se aqui a cifra de R\$ 234.000,00, que, por seu turno, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida (artigo 18 da Lei nº 9.605/98), hipótese em que atingiremos o valor de R\$ 702.000,00. A multa aplicável em decorrência de infração administrativa, por seu turno, está prevista no artigo 75 da Lei nº 9.605/98, sendo, no mínimo, de R\$ 50,00 e, no máximo, de R\$ 50.000.000,00.

²¹ Artigo 73 da Lei nº 9.605/98.

²² STF. RDA nº 126, p. 77.

repercussão na esfera administrativa²³. Dessarte, podem cumular-se cominações de sanção penal, sanção administrativa e indenização civil por um mesmo fato. A absolvição no âmbito da Justiça Criminal não gera necessariamente efeitos na esfera administrativa, pois a configuração de infração administrativa independe da exigida tipicidade penal.

As penas restritivas de direitos das pessoas jurídicas são, nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.605/98, a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. A nova lei elenca também a pena de prestação de serviços à comunidade, por meio do custeio de programas e de projetos ambientais, da execução de obras de recuperação de áreas degradadas, da manutenção de espaços públicos e das contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, que correspondem a sanções penais cuja finalidade é a integração de valores ambientais nas condutas e atividades das pessoas jurídicas.

Realizadas estas análises, passa-se a estudar quais foram as soluções apontadas pelo Direito francês.

c) Direito francês

O novo Código Penal francês prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em seu artigo 121-2, que assim dispõe:

“As pessoas jurídicas, à exclusão do Estado, são responsáveis penalmente, de acordo com as distinções dos artigos 121-4 a 121-7 e nos casos previstos pela lei ou pelo regulamento, das infrações cometidas, por sua conta, por seus órgãos ou representantes” (alínea 1). “Todavia, as coletividades territoriais somente são consideradas responsáveis penalmente das infrações cometidas no exercício de atividades susceptíveis de serem objeto de convenção de delegação de serviço público” (alínea 2). “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui aquela das pessoas físicas, autoras ou co-autoras dos mesmos fatos” (alínea 3)²⁴.

²³ STF. RDA nº 183, p. 77.

²⁴ “Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour

Há a exclusão do Estado do campo de aplicação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Admite-se a responsabilização penal das coletividades territoriais²⁵, tais como, as comunas, os departamentos, as regiões e os sindicatos de comunas, quando estas desempenhem atividades que não suponham o exercício de poderes públicos – *puissance publique*. Trata-se, por exemplo, de atividades como os transportes coletivos, a iluminação pública, a distribuição de água potável, a coleta de lixo, entre outras, atividades essas que não supõem o próprio exercício das prerrogativas de *puissance publique*²⁶. Na verdade, o legislador francês, ao admitir a igualdade entre uma coletividade territorial que assume diretamente um serviço e a empresa privada, à qual teria sido concedido esse serviço, em nenhum momento observou os limites impostos ao próprio princípio constitucional de igualdade “que proíbe somente as discriminações injustificáveis, quer dizer, particularmente aquelas que não têm como fundamento uma diferença objetiva de situações”²⁷. Ora vejamos, esta diferença existe, mas

“(…) o legislador quis ignorar esta diferença: ele tratou as pessoas jurídicas de direito público como se, realizando suas funções, elas exercessem direitos subjetivos visando seu próprio interesse e seu próprio benefício, como o fazem em princípio as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que estas pessoas públicas não exerçam direitos em sentido próprio,

leur compte, par leurs organes ou représentants” (al. 1). “Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public” (al. 2). “La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits” (al. 3).

²⁵ De acordo com o artigo 72 da Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958, as coletividades territoriais da República são as *communes* (comunas, equivalentes aos nossos municípios), os *départements* (departamentos metropolitanos e de ultramar) e os *territoires d'outre-mer* (territórios de ultramar). Apenas a lei pode criar outras coletividades territoriais.

²⁶ DESPORTES, op. cit., p. 94.

²⁷ PICARD, Etienne. *La responsabilité des personnes morales de droit public, fondements et champ d'application*. Revue Sociétés, 1993, p. 272-273.

mas simplesmente *funções e competências* visando um interesse geral, de outra maneira chamados de 'poderes-deveres'(...)"²⁸

com um objetivo determinado.

Essa norma geral, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, aplica-se às infrações previstas no Código Penal francês, bem como àquelas que figurem em legislação especial, quando dispositivo legal específico assim o determinar. No âmbito da legislação ambiental, por exemplo, as seguintes leis prevêem a responsabilidade penal da pessoa jurídica²⁹: a lei de 15 de julho de 1975 relativa ao lixo, a lei de 19 de julho de 1976 relativa às atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras, a lei de 3 de janeiro de 1992 relativa à água, a lei de 30 de dezembro de 1996 sobre o ar e a utilização racional de energia, e o artigo L232-2 do Código Rural. O artigo 40, alínea 1, da lei sobre o ar e a utilização racional da energia prevê que

"as pessoas jurídicas podem ser declaradas penalmente responsáveis nas condições previstas no artigo 121-2 do Código penal, das infrações aos dispositivos da presente lei, como também aos dispositivos adotados para sua aplicação"³⁰.

As alíneas seguintes dispõem sobre as penas aplicáveis, como por exemplo, a multa, a proibição de emitir cheques, a proibição de participar de licitações, a interdição definitiva ou temporária do estabelecimento.

Realizadas essas considerações, dirimidas as questões preliminares quanto à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, estudar-se-á o sujeito ativo e a co-autoria, enfatizando-se as dificuldades e a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Público.

²⁸ *Ibidem.*, p. 273.

²⁹ Um artigo referente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi introduzido nas leis de 15 de julho de 1975, de 19 de julho de 1976 e de 3 de janeiro de 1992, pela lei de adaptação de 16 de dezembro de 1992, entrando em vigor em 1º de março de 1994.

³⁰ Artigo 40, al.1 "Les personnes morales peuvent être déclarées responsables dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal des infractions aux dispositions de la présente loi et à celles prises pour son application".

3. Sujeito ativo

O artigo 3º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabelece que

"as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

A pessoa jurídica é elencada como sujeito ativo de infração penal ambiental e como tal pode ser responsabilizada penalmente.

Neste tópico serão analisadas a definição de pessoa jurídica e as especificidades que envolvem as pessoas jurídicas de Direito Público interno.

a) Pessoa jurídica: definição

As pessoas jurídicas, também chamadas *peçoas morais* (no Direito francês) e *peçoas coletivas* (no Direito português), "podem ser definidas como associações ou instituições formadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos"³¹. Tenha-se sempre em mente o caráter finalístico dessa definição: *instituições constituídas para a realização de um fim*.

Não estão abrangidas pela regra do artigo 3º da Lei nº 9.605/98 as pessoas formais, entidades sem personalidade jurídica, tais como, a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, as sociedades sem personalidade jurídica e o condomínio³². Apesar de terem capacidade para ser parte no processo civil, o Direito brasileiro não lhes confere a personalidade jurídica, o que as exclui do campo de aplicação do artigo 3º da Lei nº 9.605/98, que trata das pessoas físicas e jurídicas, sujeitos de direitos.

As pessoas jurídicas classificam-se, de acordo com a sua natureza, constituição e finalidades, em pessoas jurídicas de Direito Público³³ (União, Estados, Distrito Federal e

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil* : parte geral. São Paulo : Saraiva, 1984. p. 96.

³² Incisos III, IV, V, VII e IX do artigo 12 do Código de Processo Civil.

³³ Dadas as inúmeras implicações que o exame da matéria traria, inclusive sob a perspectiva do Direito

Municípios) e pessoas jurídicas de Direito Privado (sociedades civis, sociedades comerciais e fundações).

b) Pessoas jurídicas de Direito Público³⁴

A questão que se coloca é se existiriam novos óbices, diferentes daqueles tradicionalmente apontados quanto à responsabilização das pessoas de Direito Privado, em eventual imputação de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas)³⁵.

Uma análise específica é oportuna, no que tange à pessoa jurídica de Direito Público, a sua necessária sujeição ao princípio da legalidade, o caráter estigmatizante da condenação criminal e a inadequação das penas a essas pessoas.

B.1. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ao interpretar a relação entre a ação administrativa e a norma jurídica, é necessário adotar-se uma determinada concepção do que possa significar o Estado e, conseqüentemente, quais seriam os seus limites e os métodos que a lei determina que adote para alcançar a sua *finalidade*. O Estado tem o dever de seguir e de realizar a norma jurídica, sendo que a exegese da norma deve orientar-se no sentido de possibilitar a satisfação do interesse coletivo.

Internacional Público, não analisaremos aqui as pessoas jurídicas de Direito Público externo (as nações estrangeiras e os organismos internacionais – ONU, OIT, OMS, OEA etc).

³⁴ O Direito francês adota a seguinte posição em relação à responsabilidade penal: esta aplica-se igualmente às pessoas jurídicas de Direito Público, com exceção do Estado. “Esta regra comporta um temperamento em favor das coletividades locais e de seus agrupamentos que só podem responder em justiça se em razão de infrações no exercício de atividades susceptíveis de serem objeto de delegação do serviço público”. “Cette règle comporte un tempérament en faveur des collectivités locales et de leur groupements qui ne peuvent pas être poursuivis qu’à raison d’infractions commises dans l’exercice d’activités susceptibles de faire l’objet de délégations de service public” GUIHAL, Dominique. *Droit répressif de l’environnement*. Paris : Economica, 1997. p. 93-94.

³⁵ “Uma vez que as fundações públicas são pessoas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa, resulta que são autarquias e que, pois, todo o regime dantes exposto, como o concernente às entidades autárquicas, aplica-se-lhes integralmente” (MELLO, op. cit., p. 87).

No confronto de qualquer sujeito (pessoa física ou jurídica), que não seja o Estado, a lei representa sempre uma vontade superior, externa a eles: uma vontade transcendente; ao contrário, para o Estado que age na consecução de seus fins, a lei é sua vontade interna, uma vontade imanente: a sua própria vontade. A administração pública não é um sujeito distinto do Estado, mas é o próprio Estado em ação para alcançar seus fins³⁶. Nem por isso se contrasta a opinião comum, segundo a qual a atividade administrativa é função fundamental de vontade. No Estado atual, onde os fins da Administração vêm estabelecidos pelo Direito, as atividades para a sua consecução não podem ser outras senão aquelas que o Direito descreve ou consente.

Considerando que um crime venha a ser cometido pelo Estado, a primeira questão que deverá ser solucionada concerne à sua conformação aos termos do artigo 3º da Lei nº 9.605/98, que apenas admite a responsabilidade penal e administrativa se a infração for cometida “por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, *no interesse ou benefício da sua entidade*”.

Não haveria aqui uma abertura para responsabilizar a pessoa jurídica de Direito Público, uma vez que *entidade* também é pessoa jurídica de Direito Público? Se aceitar-se que o termo *entidade* abarca conceitos complexos como a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, dever-se-á perquirir se será possível a consecução do interesse estatal, ou do interesse público, a partir do cometimento de uma infração.

Essa contradição se evidencia à luz dos princípios do Direito Administrativo. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. *É a ordem legal que dispõe sobre ela*”³⁷.

A expressão-chave, aqui, é *interesse ou benefício da sua entidade*. Não basta, para o deslinde da questão, conseqüentemente, apenas

³⁶ ZANOBINI, Guido. *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Milano : H. Giuffrè, 1955. p. 203-8 e 214-8.

³⁷ MELLO. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 24.

determinar o alcance do termo *entidade*, mas, também, perquirir se o Estado³⁸ poderia beneficiar-se com o cometimento de um crime. Afirmar essa possibilidade será negar o próprio Estado Democrático de Direito.

B.2. CARÁTER ESTIGMATIZANTE DA SANÇÃO PENAL IMPOSTA ÀS PESSOAS JURÍDICAS³⁹

Algumas contradições surgem na responsabilização penal da União e dos Estados, enquanto pessoas jurídicas de Direito Público interno. Uma delas diz respeito à função jurisdicional do Estado.

Uma ação penal proposta em face da União Federal haveria de tramitar junto à Justiça Federal. Ocorre que a União – o Estado Federal – não é, apenas, o seu Poder Executivo. O Estado é formado pelos três poderes. Como, então, pensar no Estado-Juiz julgando criminalmente responsável a União Federal (o Estado Federal, constituído pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário)? Concluir pela admissibilidade de um juiz condenando criminalmente a União Federal será, a rigor, afirmar que esse magistrado passará a integrar um órgão de um Estado criminoso.

Poder-se-á argumentar que essa objeção é despicienda, vez que a Justiça Federal rotineiramente condena a União em ações cíveis, da mesma forma que o fazem os Tribunais de Justiça com relação aos Estados e Municípios, sem que essa realidade possa ser apontada como contradição do sistema.

Com efeito, até mesmo à luz da teoria do monismo jurídico, essa situação é assimilada, razão pela qual nenhuma objeção se põe à persistência da responsabilidade civil do Estado por dano ambiental. Tratando do tema sob uma perspectiva mais ampla, afirma Hans Kelsen:

“apesar de nenhum delito, no sentido do Direito nacional, poder ser imputado ao Estado, o Estado pode, contudo, ser obrigado a reparar o dano que consiste no não-cumprimento de sua obrigação. Isso significa que um órgão do Estado é

³⁸ O termo “Estado” será utilizado em seu sentido lato, de pessoa jurídica de Direito Público interno: as entidades que integram a República Federativa do Brasil.

³⁹ O conteúdo principal da sanção penal de uma pessoa jurídica de Direito Público seria ético – os menores valores das multas na esfera penal são indicativos da diferente natureza entre sanção penal, sanção administrativa e indenização civil.

obrigado a anular o ato antijurídico cometido por um indivíduo que, como órgão do Estado, era obrigado a cumprir a obrigação do Estado mas não o fez, a punir esse indivíduo e a reparar com o patrimônio do Estado o dano antijuridicamente causado⁴⁰.

Atente-se que não se aponta impossibilidade alguma sob a perspectiva processual, mas, tão-somente, enfatiza-se o conteúdo preponderantemente estigmatizante da sanção penal. Não é possível conceber

“que o Estado possa ser ele mesmo delinqüente quando é ele que, guardião da paz pública, detém o monopólio do exercício da repressão em nome da sociedade. Reconhecer sua responsabilidade será portanto ao mesmo tempo incoerente e perigoso⁴¹.”

B.3. INADEQUAÇÃO DAS PENAS ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Um terceiro obstáculo de ordem prática, que estabelece a impossibilidade de ser a pessoa jurídica de Direito Público responsabilizada criminalmente por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, diz respeito à aplicação da pena.

Em muitos casos, a imposição de multa ao Estado reverteria ao próprio Estado, não constituindo, na verdade, sanção penal alguma, mas simples remanejamento de créditos orçamentários.

No que diz respeito às penas restritivas de direitos elencadas na lei, haveria a impossibilidade da suspensão parcial ou total de atividades, pois as pessoas jurídicas de Direito Público devem obediência ao princípio da continuidade do serviço público.

Por idênticos motivos, seria igualmente impensável a interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade⁴². A aplicação de

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo : Martins Fontes, 1992. p. 200.

⁴¹ DESPORTES, op. cit., p. 94.

⁴² O que significaria a interdição de um município? Ou a interdição da União? A interdição de uma atividade lesiva ao meio ambiente que venha sendo realizada por pessoa jurídica de Direito Público é, evidentemente, possível, mas isso constitui objeto de ação civil – obrigação de fazer ou de não-fazer. Nesse caso, seria de todo inadequado buscar pela morosa via do processo penal algo que, para uma

tais sanções penais ao Estado – aqui abrangida a Administração Direta, a autárquica e a fundacional –, ainda que factível fosse, não poderia ser realizada sem prejuízo para a própria população.

Outro grande paradoxo estaria no inciso III do artigo 22 da Lei nº 9.605/98, que trata da proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Essa é a maior evidência no texto legal no sentido de que nunca se pensou na responsabilização criminal das pessoas jurídicas de Direito Público. Mais uma vez é flagrante a impossibilidade de aplicação de uma sanção às pessoas jurídicas de Direito Público, visto que o Poder Público não contrata com ele mesmo. Diante da hipótese de celebração de um contrato entre Município e Estado, Estado e União ou Município e União, a idéia de uma eventual proibição de contratar seria insensata, pois afrontaria o princípio federativo e o interesse geral da população. Destaque-se que, “se a pena é o mal da sanção oposto ao mal do crime, se é retribuição de um mal por outro, é evidente que deve recair sobre quem praticou aquele mal e somente sobre ele”⁴³. Punir um Estado com a proibição de firmar um convênio com a União Federal ou com Municípios seria, quiçá, punir também a própria União Federal e os Municípios. Haveria grave afronta ao princípio da individualização da pena e a própria coletividade estaria sendo sancionada⁴⁴.

Partindo da premissa contrária, de que é possível responsabilizar-se criminalmente a pessoa jurídica de Direito Público, a única pena aplicável seria a prestação de serviços à comunidade: o custeio de programas e projetos ambientais, a execução de obras de recuperação de áreas degradadas, a manutenção de espaços públicos e a realização de contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Entretanto, o artigo 225, § 1º, da Constituição Federal, determina expressamente que incumbe ao Poder Público *preservar e restaurar os*

efetiva proteção do meio ambiente, poderia ser rapidamente obtido mediante pedido liminar em ação civil pública.

⁴³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal : introdução e parte geral*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 219.

⁴⁴ Bem demonstra o Professor E. Picard que “(...) a coletividade, buscando punir as pessoas jurídicas de Direito Público, se pune em realidade a ela mesma (...)” op. cit., p. 273.

processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I). Ora, a restauração de processos ecológicos essenciais se dá exatamente pela execução de obras de recuperação de áreas degradadas. Da mesma forma, estabelece o texto constitucional o dever de *proteger a fauna e a flora* (inciso VII), o que somente se dará com o custeio de programas e projetos ambientais. A manutenção de espaços públicos, por outro lado, realiza-se por meio de uma política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, consoante o disposto no artigo 182 da Carta Republicana.

Na realidade, somente uma visão extremamente míope de cidadania é que faria enxergar esses deveres estatais – deveres incumbidos aos Poderes Públicos⁴⁵ mediante previsão constitucional expressa, clara e inequívoca – como “sanções penais”.

B.4. ATENDIMENTO

AO INTERESSE PÚBLICO

Ressalte-se desde logo que o tratamento diferenciado que se dá às pessoas jurídicas de Direito Público não decorre de eventual tentativa de *privilegiá-las* no confronto com o particular, mas da sua finalidade legal, que é a execução da lei e o atendimento pleno do interesse público.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm, nos termos do artigo 23 da Carta de 1988, o dever de zelar pela preservação do meio ambiente natural (incisos VI, VII e XI), cultural (incisos III, IV e V), rural e urbano (incisos VI, VIII, IX e XII) e do trabalho (incisos II e VI). O mesmo se diga das fundações públicas e das autarquias, consideradas pessoas exclusivamente administrativas e que, apesar de poderem titularizar interesses jurídicos – já que

⁴⁵ O Estado tem o poder-dever de realizar as metas do artigo 225 da Constituição Federal. Dispõe, inclusive, de legitimação processual ativa para a propositura de ações civis públicas ambientais. Caso não venha a exercer as prerrogativas de que o Estado dispõe em sua plenitude, estará o agente público infringindo o princípio da legalidade. Sobre o tema, leia-se FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, STUCCHI, Gisele Beltrame. As Procuradorias de Estado e do Distrito Federal e a defesa do meio ambiente enquanto interesse público. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 20,1994, Fortaleza. *Teses de São Paulo*. São Paulo : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, 1995. (Série Eventos, 5).

são dotadas de personalidade jurídica –, estão, por força da lei que as criou, submetidas ao estrito cumprimento dos fins que o texto legal estabeleceu.

Inteiramente acertada, portanto, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que

“as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental”⁴⁶.

Adequado, neste ponto, meditar a respeito do artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, que legitima qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Nessa modalidade de ação,

“...tais entidades, conquanto réus, podem, ao mesmo tempo da resposta, beneficiar do tríplice alvitre que lhe assegurou o legislador, optando entre *contestar, omitir-se* ou *assistir o autor* (artigo 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65); e, mesmo tendo contestado, podem, em seu favor, executar a sentença que venha a julgar procedente a ação (Lei nº 4.717/65, artigo 17)”⁴⁷.

Jungidos ao princípio da legalidade, devem os Advogados Públicos – Advogados da União, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Procuradores do Município, assim como os Procuradores Autárquicos – estar dotados de instrumentos legais adequados para a promoção da defesa do Estado, e só do Estado, jamais dos atos ilegais cometidos pelo agente político⁴⁸. Enfim, por todos os motivos aqui elencados, constata-se que as pessoas jurídicas de Direito Público interno devem ser excluídas do campo de aplicação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

⁴⁶ MELLO, op. cit., p. 24.

⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 162.

⁴⁸ Por idênticas razões, na tese *Ação civil pública para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa* : paralelos com a ação popular : legitimação ‘ad causam’ do Estado, apresentada por

4. Co-autoria

Ensina E. Magalhães Noronha que

“autor é o agente que (...) executa a ação descrita pelo verbo contido na figura típica delitativa: o que ‘subtrai’, ‘seqüestra’, ‘mata’, ‘induz’ etc. Quando a execução é praticada por duas ou mais pessoas, em cooperação e conscientemente, temos a co-autoria, como, a título de exemplo, ocorre quando dois ou mais agentes agrirem simultaneamente a mesma vítima. Note-se que, na co-autoria, não há necessidade do mesmo comportamento por parte de todos, podendo haver a divisão quanto aos atos executivos. No roubo, um agente vigia, o outro ameaça e o terceiro despoja”⁴⁹.

A) DIFERENTES MODALIDADES DE CO-AUTORIA

É possível distinguir na Lei nº 9.605/98 três modalidades de co-autoria: uma primeira, entre uma ou mais pessoas jurídicas e uma ou mais pessoas físicas; uma segunda, entre duas ou mais pessoas jurídicas; e uma terceira, entre duas ou mais pessoas físicas.

O parágrafo único do artigo 3º da lei em estudo dispõe que “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”. Ressalte-se que se fala em fato e não em ato ou conduta.

Guilherme José Purvin de Figueiredo e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no XXIII Congresso Brasileiro de Procuradores de Estado, foi proposta a inserção de um § 7º no artigo 5º e de um parágrafo único no artigo 15, ambos da Lei nº 7.347/85, com o seguinte teor: “Artigo 5º (...) - § 7º. Nas ações civis públicas que tenham por objeto a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, a pessoa jurídica de Direito Público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Artigo 15 (...). Parágrafo único – Nas ações civis públicas referidas no artigo 5º, § 7º, desta Lei, será sempre permitido à pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, cujo ato seja objeto de impugnação, ainda que haja contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que a beneficiar, a execução da sentença contra os demais réus” (Livro de Teses do XXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. São Luís, novembro de 1997, p. 378-9).

⁴⁹ NORONHA, op. cit., p. 205.

É certo que as infrações imputáveis às pessoas jurídicas, ou seja, seus atos antijurídicos, só poderão ser concretizados por pessoas físicas. Não se pode, porém, dizer que sempre que houver responsabilidade penal da pessoa jurídica haverá instantaneamente responsabilidade da pessoa física que tenha externalizado a conduta⁵⁰. Em outras palavras, a pessoa física (por exemplo, um funcionário) poderá simplesmente realizar um ato em virtude de uma delegação de poderes, sem ter participado da decisão e, às vezes, sem ter qualquer idéia de que seu gesto resultará no desencadeamento de um dano ambiental que esteja tipificado como crime. Não há co-autoria necessária entre esse agente individual e a coletividade formadora da pessoa jurídica. Em outras palavras, prevalece a regra do artigo 29 do Código Penal: quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*. Inexistente culpa ou dolo da pessoa física, não haverá que se falar em co-autoria. Interpretação diversa conduziria à tese da responsabilidade penal objetiva.

Sem prejuízo do que foi dito acima, é importante destacar que a responsabilidade penal dos *dirigentes* da pessoa jurídica deve ocupar limites justos. Ela não deve ser eximida ou atenuada pelo advento da responsabilidade penal da pessoa jurídica ou da inaplicabilidade da responsabilidade penal à pessoa jurídica de Direito Público. A responsabilidade penal da pessoa jurídica

“não deve permitir nenhuma diluição de responsabilidades. Mas ela não deve

⁵⁰ Sérgio Salomão Shecaira sustenta a seguinte posição: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, o que demonstra a adoção do sistema da dupla imputação. Através deste, a punição de um agente (individual ou coletivo) não permite deixar de lado a persecução daquele que concorreu para a realização do crime. Consagrou-se, pois, a teoria da co-autoria necessária entre agente individual e coletividade. A empresa – por si mesma – não comete ato delituoso. Ela o faz através de alguém, objetivamente uma pessoa natural. Sempre através do homem é que o ato delituoso é praticado. Se se considerar que só haverá persecução penal contra a pessoa jurídica, se o ato for praticado em benefício da empresa por pessoa natural estreitamente ligada à pessoa jurídica, e com a ajuda do poderio desta última, não se deixará de verificar a existência de um concurso de pessoas” (*A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais*. Boletim IBCCrim, n. 65, p. 3, abr. 1998. Edição especial.).

tornar-se para tanto exclusivamente uma fonte de agravamento da repressão ou uma solução de facilidade dispersando de toda pesquisa rigorosa as responsabilidades individuais⁵¹.

Em relação à co-autoria de pessoas jurídicas, é possível que, no caso de crime ambiental cometido por duas empresas, ambas respondam penalmente, dependendo para tanto da apuração das respectivas responsabilidades. Todavia, pelas mesmas razões expostas anteriormente, não é possível co-autoria entre uma pessoa jurídica de Direito Público e uma de Direito Privado. O cometimento de um crime de natureza ambiental por uma empresa privada que, digamos, tenha vencido uma licitação poderá dar-se em co-autoria com o agente público, mas não com o Estado.

B) AGENTE PÚBLICO

Uma derradeira reflexão é necessária: se não há como responsabilizar penalmente o Estado, seria possível fazê-lo com o agente público?

De acordo com a sintética e precisa definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”⁵². A autora elenca três diferentes categorias de agentes públicos⁵³: 1) agentes

⁵¹ “...ne doit permettre aucune dilution des responsabilités. Mais elle ne doit pas devenir pour autant exclusivement une source d’aggravation de la répression ou une solution de facilité dispersant de toute recherche rigoureuse des responsabilités individuelles”. DESPORTES, op. cit., p. 106.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 1997. p. 357.

⁵³ Diógenes Gasparini, em sua obra *Direito Administrativo* (São Paulo : Saraiva, 1992. p. 41-2), assevera que agentes públicos são “todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade. A noção alcança, em razão de sua abrangência, o Presidente da República, os Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal, os Prefeitos, os Ministros, os Secretários de Estado e Município, os Senadores, os Deputados Estaduais e Federais, os Vereadores, os servidores públicos civis (da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública), os servidores governamentais (das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações privadas), os delegados de serviços públicos (concessionários, permissionários e autorizatários), os requisitados (mesários, escrutinadores e jurados), os temporários (admitidos

políticos; 2) servidores públicos; e 3) particulares em colaboração com o poder público⁵⁴. Ressalte-se que, no exercício de suas funções, o agente público deve obediência irrestrita às normas de Direito Público. Agente público é pessoa física e, em princípio, é plenamente possível a sua responsabilização penal⁵⁵.

O representante de uma autarquia ou de uma fundação pública que descumpra lei, que se afasta do princípio da legalidade, não está mais agindo na qualidade de agente público, de representante da entidade da administração indireta. Se, servindo-se dessa qualidade de agente público, utilizar-se de suas prerrogativas para o cometimento de um crime, deverá responder individualmente, na esfera administrativa, civil⁵⁶ e penal. Em outras palavras, se

nos termos do inc. IX do artigo 37 da CF), os gestores de negócios públicos (os que assumem o serviço público em razão do abandono de seus responsáveis) e os delegados de função ou ofício público (tabeliães, titulares de serventias públicas, diretores de faculdades). Em resumo, a noção abarca todos os que desempenham função pública e, por certo, enquanto a desempenham, independentemente da forma de investidura e da natureza da vinculação que os prende à Administração Pública, se existir algum liame”. Todavia, não nos parece correto incluir as pessoas jurídicas no conceito de agentes públicos.

⁵⁴ Não trataremos, dentro dos limites a que nos impusemos neste trabalho, dos chamados colaboradores do poder público (v.g. concessionárias de serviço público), eis que estes não integram a Administração Pública, seja a direta ou a indireta, nem tampouco da respectiva categoria de agentes. Também excluímos deste estudo as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, cujo regime jurídico peculiar merece uma análise bastante cuidadosa acerca de sua eventual responsabilidade penal.

⁵⁵ Dizemos “em princípio” porque não podemos nos olvidar de alguns entraves constitucionais que envolvem a responsabilidade penal de determinados agentes políticos. A acusação do Presidente da República dependerá do cumprimento das regras fixadas no artigo 86 da Constituição Federal. O processo criminal dos deputados e senadores dependerá de prévia licença de sua casa (CF, artigo 53, § 1º). A acusação contra o Governador dependerá de autorização da Assembléia Legislativa.

⁵⁶ O § 6º do artigo 37, como já mencionamos anteriormente, dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. O direito de regresso é possível apenas no campo da responsabilidade civil. No campo da responsabilidade penal, o agente público responde individualmente pela ofensa causada ao meio ambiente.

eventualmente um agente público comete um delito ambiental por razões de ordem pessoal – seja para obtenção de vantagem pessoal direta ou indireta –, ele será responsabilizado criminalmente, verificando-se os limites de sua responsabilidade⁵⁷.

Observe-se que, aqui, não se trata da aplicação do parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.605/98. Não! Esse dispositivo prevê a responsabilidade de pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato praticado pela pessoa jurídica. Em realidade, busca-se demonstrar que o cometimento de um crime de natureza ambiental por qualquer cidadão, seja ele agente público ou não, é susceptível de punição, nos termos do novo diploma legal.

Imagine-se um hospital público integrante da Administração Direta Estadual que coloque à venda um produto perigoso à saúde pública, cuja comercialização é proibida em seu país de origem. Estará aqui claramente tipificado o crime previsto no artigo 57 da Lei nº 9.605/98. Não será, porém, o fato de o Estado não poder ser penalmente responsável pelo delito cometido que impedirá a identificação do agente público responsável pelo seu cometimento. Penalmente responsável, portanto, será, nessa situação, a pessoa física que consumou o crime, assim como o diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixou de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Se, por outro lado, o agente público retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou o pratica contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse pessoal, estará também incidindo nas penas do artigo 319 do Código Penal.

⁵⁷ Efetivamente, na França, tanto os eleitos quanto os dirigentes empresariais respondem penalmente pelos danos causados ao meio ambiente desde que, “informados de um mau funcionamento ou de um risco ao meio ambiente, eles não tenham realizado nada para remediá-lo. Em sentido contrário, quando o dirigente empresarial ou o chefe do executivo local possa demonstrar, seja que lhe foi dissimulado o problema, seja que ele tenha tomado todas as medidas em seu poder para evitar o dano ao meio ambiente, sua responsabilidade não será invocada” KLUGER, Jacques, D’ISTRIA, Jacques Colonna. De la culpabilité à la responsabilité. *Droit de l’Environnement*, n. 54, p.15, déc. 1997.

O não-cumprimento do mandamento constitucional do artigo 225 e a conseqüente ofensa aos crimes dispostos na nova lei devem acarretar a responsabilização, se for o caso, tanto dos dirigentes das entidades autárquicas e fundacionais quanto do chefe do Poder Executivo, dos membros de seu Ministério ou Secretariado.

Se, por um lado, o proprietário ou dirigente de uma pessoa jurídica de Direito Privado experimenta concretamente um prejuízo financeiro se a sua empresa for punida com multa, suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, ou ainda proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, em caso de crime ambiental, por outro lado, o mesmo não ocorrerá com o agente político que, eventualmente no poder, conduzir-se da mesma maneira. Condenações judiciais do Estado não impediram as sucessivas reeleições, em nosso país, de políticos que, ao longo da história, deram mostras de total indiferença com os cofres públicos e profunda generosidade para com os representantes do poder econômico que os elegeram. Todavia, o mesmo não se dá quando a imputação da responsabilidade recai, civil, penal, administrativa ou politicamente, sobre o mau administrador da *res publica*.

É necessário que sejam identificadas as responsabilidades, relacionadas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. No caso de um prefeito, por exemplo, que degrade o meio ambiente, incentivando a abertura de uma estrada no interior de um parque nacional, é imprescindível perseguir tanto a reparação pecuniária dos prejuízos eventualmente causados pela sua responsabilização civil decorrente dos danos ambientais que provocou, quanto a sua responsabilização individual penal na medida de sua culpabilidade, se materialmente concorreu para a realização do fato em questão. Cabe igualmente apurar sua responsabilidade política, sendo o *impeachment* o instrumento jurídico adequado. Seria ingenuidade buscar a socialização dos prejuízos com a condenação do Estado – leia-se: do patrimônio público –, vítima de um contínuo processo de sucateamento que o torna cada vez mais inoperante.

5. Conclusão

No âmbito da tutela dos bens ambientais, a inserção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas constitui um avanço inegável na

evolução do Direito Penal, estando plenamente amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Responsabilizar penalmente a pessoa jurídica representa adotar meios eficazes para proteger a sociedade e o meio ambiente. Representa também uma vontade do legislador brasileiro de reeducar os principais responsáveis pela degradação ambiental. As pessoas jurídicas podem e devem participar da preservação e da proteção ambiental, por meio da inserção de valores ambientais em seu próprio gerenciamento e da adoção das normas ISO 14000.

No campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, há, entretanto, uma exceção: as pessoas jurídicas de Direito Público. Não é possível responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas de Direito Público sem risco de desmoração de todos os princípios basilares de Direito Administrativo e dos próprios valores do Estado Democrático de Direito, considerando que o cometimento de um crime jamais poderia beneficiar as pessoas jurídicas de Direito Público e que as penas impostas às pessoas jurídicas de Direito Público ou seriam inócuas, ou então, se executadas, prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária do serviço público.

Não obstante a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Público (ou, talvez, justamente por esse motivo), é impositivo que, na hipótese de configuração de crime tipificado pela Lei nº 9.605/98, seja feita a identificação e responsabilização dos agentes públicos, pessoas físicas, que o cometeram, buscando-se, simultaneamente, a reparação do dano na esfera cível, pela pessoa jurídica de Direito Público, com fundamento no disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

À construção da cidadania interessa, não a imposição de sanção penal a pessoa jurídica de Direito Público, mas a adoção de uma política ambiental congruente com o disposto no artigo 225 da Constituição Federal.

Como base no exposto, podemos concluir que:

1 – A responsabilidade penal da pessoa jurídica é possível, está plenamente amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil e constitui um avanço inegável na evolução do Direito Penal.

2 – Admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica de Direito Público seria, porém, ir contra os princípios basilares de Direito

Administrativo e dos próprios valores do Estado Democrático de Direito, uma vez que:

a) o cometimento de um crime jamais poderia beneficiar as Pessoas Jurídicas de Direito Público;

b) as penas impostas às pessoas jurídicas de Direito Público, ou seriam inócuas, ou então, se executadas, prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária do serviço público.

3 – O campo de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica não engloba, portanto, a pessoa jurídica de Direito Público.

4 – Não obstante a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Público, é impositivo que:

a) na hipótese de configuração de crime tipificado pela Lei nº 9.605/98, seja feita a identificação e responsabilização dos agentes públicos, pessoas físicas, que o cometeram;

b) busque-se simultaneamente a reparação do dano na esfera cível, pela pessoa jurídica de Direito Público, com fundamento no disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, bem como a subsequente recomposição do patrimônio público com o ajuizamento de ação regressiva em face dos agentes públicos responsáveis pelo ato lesivo ao meio ambiente.

Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Bosch Casa Editorial, 1970. v.1.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Atual. Rio de Janeiro : Forense, 1991. 436 p.
- BERGER, Gilda Pereira de Carvalho. *O Direito Penal e a proteção do meio ambiente*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1992. 80 p.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. 286 p.
- DESSPORTES, Frédéric. *La responsabilité pénale des personnes morales en droit français*. *Cahiers Juridiques d'Électricité et du Gaz*, n. 519, p.93-106, mars 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 1997. 566 p.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, 1995.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Ação civil pública para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa - paralelos com a ação popular - legitimação "ad causam" do Estado*. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 23, 1997, São Luís. *Livro de Teses*. São Luís : PGE-MA, 1997. 626 p.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, STUCCHI, Gisele Beltrame. *As Procuradorias de Estado e do Distrito Federal e a defesa do meio ambiente enquanto interesse público*. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 20, 1994, Fortaleza. *Teses de São Paulo*. São Paulo : PGE, Centro de Estudos, 1995. 97 p. (Série Eventos, 5).

FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*, 5. ed. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. 300 p.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1992. 636 p.

GUIHAL, Dominique. *Droit répressif de l'environnement*. Paris : Economica, 1997. 486 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo : Martins Fontes, 1992. 433 p.

KLUGER, Jacques, D'ISTRIA, Jacques Colonna. De la culpabilité à la responsabilité. *Droit de l'Environnement*, n. 54, p.14-17, dec.1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. 1998. 894 p.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. 456 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1992. 370 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil : parte geral*. São Paulo : Saraiva, 1984. 323 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. 270 p.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal : introdução e parte geral*. São Paulo : Saraiva, 1989. v.1, 369 p.

PICARD, Etienne. *La responsabilité des personnes morales de droit public, fondements et champ d'application*. *Revue Sociétés*, 1993. p. 273.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais, *Boletim IBCCrim*. n. 65, p.3, Abr. 1998. Edição especial.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo : Malheiros, 243 p.

STF. *RDA* n. 126, p. 77.

STF. *RDA* n. 183, p. 77.

ZANOBINI, Guido. *Scritti vari di Diritto Pubblico*.
Milano : A. Giuffrè, 1955.

A constitucionalidade da contribuição para o salário-educação

ROGÉRIO SOARES DO NASCIMENTO

SUMÁRIO

1. Apresentação. 2. Sobre delegações legislativas. 3. Interpretando o art. 25 do ADCT. 4. A educação como direito social. 5. Contribuições Sociais antes de 1988. 6. O princípio da não surpresa. 7. Algumas conclusões.

1. Apresentação

O recolhimento da contribuição social do salário-educação, prevista no § 5º do artigo 212 da Constituição vigente¹, foi regulamentado pela Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. No entanto, a edição da referida lei não bastou para fazer cessar a polêmica que vem cercado esta tradicional exação. O debate tem-se refletido no Judiciário², que ainda não pacificou a controvérsia.

Sustentam alguns³ que o Decreto nº 87.043, de 23/2/82, editado a partir do disposto no Decreto-Lei nº 1.422, de 23/10/75, e que fixou a alíquota de contribuição para o salário-educação em 2,5%, constituía exemplo de delegação legislativa e, assim sendo, por não ter sido convalidado no prazo de 180 dias da edição da Carta de 1988, acabou revogado em abril de 1989, conforme determinado no art. 25 do Ato das

¹ A redação do artigo 212, § 5º, foi alterada pela Emenda Constitucional nº 14, de 12-9-96.

² Tramita, no STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade da Lei nº 9.424/96, proposta pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República em 15-8-97.

³ MACHADO, Hugo Brito. salário-educação : inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.424/96; SANTIAGO, Igor, MANEIRA, Eduardo. A contribuição para o salário-educação : inconstitucionalidade originária e permanente. Ambos na *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 27.

Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Desse modo, a contribuição para o salário-educação não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, e, portanto, o recolhimento efetuado até a reinstauração do mesmo, com a Lei nº 9.424, de 1996, foi indevido.

Muitos acrescentam que a contribuição para o salário-educação é espécie de contribuição social geral, com natureza de tributo, daí concluindo que a sua instituição primeiro e a sua renovação depois não obedeceram ao princípio da reserva legal. Na origem do instituto por inadequado o recurso a decreto-lei e na ordem constitucional vigente, porque o disposto nos artigos 146, III, e 149 imporia a definição da base de cálculo e do fato gerador por meio de lei complementar.

2. Sobre delegações legislativas

O tema motiva reflexões sobre os efeitos temporais da promulgação de uma nova Constituição e sobre as delegações legislativas.

Na seqüência da adoção do modelo de separação de poderes, as delegações de atribuição normativa têm sido repudiadas na nossa história constitucional republicana. A Emenda Constitucional nº 01/69 a vedava expressamente, no parágrafo único do art. 6º, enquanto a atual Constituição a admite, como exceção, consoante se depreende do disposto no art. 49, V e 68, o que, de resto, não importa em mudança substancial, senão apenas de ênfase, já que as Constituições sempre contemplaram ressalvas ao princípio.

Assim estava disposto na Emenda nº 1/69:

“Art. 6º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo Único – Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições, quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”.

Confira-se o teor da *Lex Mater*:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou de limites de delegação legislativa”;

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República,

que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º – Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

Na verdade, os desafios da vida contemporânea acabaram por disseminar a delegação de atribuição legislativa ao Chefe do Executivo na *praxis* constitucional brasileira. Por imposição desse dado concreto e ainda antes da Constituição abrandar o rigor do tratamento dispensado ao tema, já se admitia, fora das hipóteses de delegação expressa por iniciativa presidencial (que culmina na lei delegada), a delegação nas matérias para as quais a forma expressa não estivesse vedada: a) para completar ato normativo em detalhes, com edição de norma secundária de caráter meramente regulamentar (*filling up details*) e b) para edição de norma primária, quando o ato delegante traça limites nítido para a ação delegada (*delegation with standards*)⁴.

3. Interpretando o art. 25 do ADCT

A interpretação do artigo 25 do ADCT, invocado por aqueles que rechaçam a cobrança, deve, portanto, levar em conta estas considerações. Não se justifica varrer do universo normativo senão os atos que resultaram de delegação exorbitante. Assim se dá pois a interpretação das normas constitucionais, inclusive aquelas inseridas entre as disposições transitórias, deve atender, entre outros, ao princípio da *continuidade do ordenamento jurídico* que determina a preservação da eficácia das normas elaboradas antes de inaugurado um ordenamento novo, desde que compatíveis com este, evitando um indesejável vácuo na legislação infraconstitucional.

⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro : Forense, 1986; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de sua normas*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

Há mais. Com o advento de uma nova ordem constitucional, o que se preserva, salvo, evidentemente, se incompatíveis, são os comandos normativos, as *normas materiais* contidas no direito precedente. Não se cogita sobre recepção do *ato legislativo formal*. Veja-se, por exemplo, para não sair da órbita tributária, que as normas gerais de direito tributário contidas na lei ordinária que adotou o CTN são pacificamente aceitas como válidas, sem prejuízo da exigência constitucional de lei complementar para a regência da matéria, o que, diga-se de passagem, já figurava na Constituição emendada de 67/69.

Mesmo atos normativos editados sob regime de exceção são acomodados na ordem democrática, quando o seu conteúdo encontra correspondência com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Alguns decretos editados com força de lei durante o Estado Novo são até hoje reconhecidos como vigentes, sem qualquer mácula, como por exemplo o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. O tema foi abordado com maestria no Supremo Tribunal Federal, em 1948, durante o julgamento do MS nº 922, relatado pelo Ministro Goulart de Oliveira:

“A Constituição Federal só revogou tacitamente as leis inteiramente incompatíveis com suas disposições. Os textos que visam às mesmas finalidades, conciliáveis ou coincidentes com os da Carta Magna, não podem ser tidos como revogados, mas antes tidos como consolidados nas novas regras obrigatórias”⁵.

4. A educação como direito social

Note-se que o legislador constituinte de 1988 se refere à educação em primeiro lugar quando, ao apontar os direitos e garantias fundamentais, enumera os *direitos sociais*. Esta valorização da educação e com ela do ensino fundamental, que é sustentado, em boa medida, pelos recursos arrecadados com a contribuição que vem sendo repudiada, culmina com toda uma arraigada tradição constitucional⁶.

⁵ *Revista Forense*, v. 122, p. 434, abr. 1984, apud SIQUEIRA CASTRO, op. Cit., p. 117.

⁶ O tema da educação não escapou a nenhuma de nossas Constituições. Ver o art. 179, 32, da Constituição Imperial de 1824; art. 72, 6º, da Constituição de 1891; arts. 149 a 158 da Constituição de 1934; arts. 128 a 133 da Carta de 1937; arts. 166 a 174 da Constituição de 1946; arts. 168 a 170 da Constituição de 1967 e arts. 176 a 178 da Emenda nº 1/69.

“Art. 6º São direitos sociais a *educação*, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Direitos Sociais, como assinalou José Afonso da Silva, “são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”⁷. Como valores que se traduzem em direito público subjetivo, exigem ação promocional, o que, por sua vez, demanda recursos.

Dentro deste espírito de salutar continuidade, a Lei Maior vigente delimita, no art. 205, o sentido do direito social à educação, e o faz sem descurar da co-responsabilidade de todos na sua promoção.

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, *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”.

Coerente com esses princípios e premissas, a Constituição manteve expressamente, no § 5º do art. 212, a contribuição social especial destinada ao fomento do ensino fundamental, que já fora erguida à condição de regra constitucional pelo art. 178 da Constituição superada. A modificação introduzida no texto em vigor, pela Emenda Constitucional nº 14/96, ao suprimir a parte final, que admitia a dedução das despesas realizadas pelas empresas com o ensino de empregados e dependentes, nada altera da essência da norma.

Recorde-se o texto da Constituição de 1967.

“Art. 178. As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter o ensino dos filhos destes, entre os sete e os quatorze anos, ou a concorrer para aquele fim, mediante a contribuição do salário-educação, na forma que a lei estabelecer”.

Assim dispunha o § 5º do art. 212 da Constituição vigente antes de emendado.

“Art. 212.(...)”

§ 5º O ensino fundamental público terá como fonte adicional de custeio a

⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 253.

contribuição social do salário-educação, recolhida na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes”.

Agora o texto em vigor.

“Art. 212.(...)”

§ 5º O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei”.

5. Contribuições sociais antes de 1988

Por outro lado, cabe recordar o fato de que antes de 1988, portanto, na data da edição da delegação questionada, as contribuições sociais não ostentavam natureza de tributo e a contribuição para o salário-educação ainda mais claramente, em razão do seu caráter de obrigação alternativa, consoante reconhecido pelo STF em Recurso Extraordinário nº 83.662-RS, com a seguinte ementa:

“Salário-Educação. Natureza Jurídica de Contribuição Especial. Constitucionalidade do Art. 1º da Lei nº 6.627/73, do Rio Grande do Sul. Votos vencidos. Recurso Extraordinário não conhecido.” Rel. Min. Cunha Peixoto. j. 1/9/76, RTJ 83/444.

Como pode-se perceber, não havia incompatibilidade entre o disposto no Decreto-Lei nº 1.422, de 1975, hoje revogado pela Lei nº 9.424/96, e os valores perseguidos pela nova Constituição Federal. Ao contrário, o ato normativo impugnado traçava minuciosamente os parâmetros para arrecadação do importante instrumento de busca da justiça social que a Constituição preservou.

Permita-se a recordação do seu teor.

“Art. 1º O salário-educação, previsto no artigo 178 da Constituição, será calculado com base em alíquota incidente sobre a folha do salário de contribuição, como definida no artigo 76 da Lei nº 3.807, de agosto de 1960, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, e pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, não se aplicando ao salário-educação o disposto no artigo 14, *in fine*, dessa Lei, relativo à limitação da base de cálculo da contribuição.

§ 1º O salário-educação será estipulado pelo sistema de compensação do custo atuarial, cabendo a todas as empresas recolher, para este fim, em relação aos seus titulares, sócios, e diretores e aos empregados independentemente de idade, do estado civil e do número de filhos, a contribuição que for fixada em correspondência com o valor da quota respectiva”.

§ 2º A alíquota prevista neste artigo será fixada por ato do Poder Executivo, que poderá alterá-la mediante demonstração, pelo Ministro da Educação e Cultura, da efetiva variação do custo real unitário de ensino de 1º grau”.

Sem dúvida, estamos diante de um caso de delegação perfeitamente aceitável dentro do quadro constitucional da época, o que afasta a alegação de vício de validade relativamente ao Decreto-Lei nº 1.422/75. Aliás, há até mesmo quem sustente que a fixação de alíquota, única atribuição efetivamente conferida ao Executivo pelo já referido Decreto-Lei, sequer constitui competência constitucionalmente reservada ao Congresso Nacional⁸.

Com efeito, não se encontra qualquer referência expressa à fixação de alíquotas nas vedações elencadas nos artigos 48 a 52 da Constituição de 1988. Por outro lado, e seguindo essa ordem de idéias, os princípios do capítulo da Constituição reservado ao Sistema Tributário Nacional, aplicáveis ao salário-educação, seriam os da *legalidade, anterioridade e anualidade* (art. 150, I e III), já que a letra expressa do art. 212, § 5º, norma especial, afastaria a incidência das normas gerais contidas nos artigos 149, 146, III, e da igualmente especial, porém distinta, do artigo 195, § 4º. Para os cultores desta tese, o artigo 97, IV, do CTN⁹ não é aplicável a exações tais como a contribuição social, estando estas subordinadas a regras que lhes são específicas.

Acrescentam, em reforço da tese, a lembrança de que o § 1º do artigo 153 da Constituição vigente faculta ao Executivo, dentro de parâme-

⁸ Nesta linha, colhe-se erudita sentença proferida nos autos do MS 97.0072381-0 pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da 27ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dr. Marcelo Pereira da Silva.

⁹ “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: (...)”

IV - A fixação da alíquota de tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;”

tros previamente estabelecidos em lei, alterar a alíquota de quatro dos seis impostos cuja exigência foi estabelecida pela Lei Maior.

Entretanto, apesar dos ponderáveis argumentos, perfeitos na velha ordem constitucional, atualmente, a despeito da ausência de norma expressa relativamente à reserva de competência ao Congresso Nacional para fixação de alíquota de tributos, o reconhecimento da natureza tributária das contribuições sociais, inegável, as faz sujeitas ao comando do já citado art. 97, IV, do CTN.

De qualquer modo, revogada a faculdade de fixar a alíquota, porque repudiada a delegação legislativa (este é o sentido e o alcance do art. 25 do ADCT, aplicado na espécie), o resultado é a impossibilidade de o Poder Executivo voltar a alterar a alíquota e só, nunca a cessação da cobrança de uma contribuição que, por sua importância e finalidade social, foi instituída pela própria Constituição.

No entanto, mesmo que se pudesse acolher a tese da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.422/75, em face da Constituição vigente à época, o efeito jurídico daí decorrente seria o de admitir como aplicável e vigente, no período que vai da promulgação da Constituição de 1988 até a edição da Lei nº 9.424/96, a alíquota de 1,4 % fixada no art. 35 da Lei nº 4.843, de 29/1/65, pois esta é que teria sido recebida. Ato normativo inconstitucional não produz efeitos, não revoga expressamente, porque o seu texto é despido de valor, nem revoga disposições em contrário.

6. O princípio da não-surpresa

Há quem sustente que a regra contida no art. 149 da CF se justifica como medida profilática de defesa do contribuinte contra a voracidade fiscal. Alguns crêem que a contribuição para o salário-educação deveria estar prevista em lei complementar, por força da norma constitucional citada. Ora, o salário-educação, a despeito da faculdade do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.422/75, é um exemplo raro de estabilidade normativa. Exigido no país há mais de trinta anos, é arrecadado com a mesma alíquota desde 1975. Logo se vê, pois, desmascarada a mitificação.

Com efeito, a tese não se sustenta. Farta jurisprudência vem orientando, com acerto, no sentido de ser dispensável a exigência de lei complementar para a arrecadação de contribuição social, quando a Carta Política já traça o perfil da exação e atribui genericamente à lei,

sem qualificativos, a sua regulamentação¹⁰. E a contribuição para o salário-educação, porque expressamente prevista e instituída pela própria Lei Fundamental, não se confunde nem com as gerais, referidas no art. 149, nem com as de custeio da seguridade social, referidas no art. 195.

7. Algumas conclusões

Para encerrar estas considerações, que já começam a se fazer demasiado longas, cumpre um exercício de síntese, a fim de reunir algumas conclusões, mesmo parciais.

a) Ainda sob a ordem constitucional passada, a doutrina já admitia delegações de atribuição legislativa, fora das hipóteses de lei delegada, nas matérias que não foram expressamente ressalvadas pelo Poder Constituinte, quando destinadas a regulamentar o fiel cumprimento e a execução de lei, ou mesmo para edição de norma original, desde que o poder delegante tivesse traçado limites nítidos para a atuação do poder delegado.

b) O comando do art. 25 do ADCT acarretou a invalidade dos decretos-leis que resultaram de delegação exorbitante, na ordem constitucional anterior, e impediu a continuidade do exercício do poder delegado.

c) A contribuição para o salário-educação, no regime constitucional passado, não exibia natureza tributária e o legislador ordinário traçou com precisão os limites para o exercício da competência de alterar a alíquota, delegada ao Executivo mas condicionada a demonstração do custo real unitário do ensino de 1º grau; alíquota que permanece inalterada há décadas.

d) As normas materiais decorrentes de atos legislativos que foram validamente editados, compatíveis com a atual Constituição, a exemplo da alíquota de 2,5 % fixada para a cobrança do salário-educação pelo Decreto-Lei nº 1.422/75, foram recepcionadas. Eram e permaneceram constitucionais.

Esforçar-se para frustrar os objetivos fundamentais da República e para contrariar a vontade expressa do Poder Constituinte Originário com tecnicismo pseudo-científico repugna. É intolerável. Chamar de interpretação sistemática a costura apressada de uma e outra norma constitucional tributária, negando o espírito e a letra da Carta Maior, agride o bom senso.

¹⁰ Conforme Acórdão Unânime do Pleno do STF no RE -1382848-8/CE, julgado em 1/7/92.

As eleições e os concursos públicos

FÁBIO CARDOSO CORREIA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Histórico do tema. 3. Posição do Supremo Tribunal Federal. 4. Posição do Superior Tribunal de Justiça. 5. Lei Federal nº 9.504/97. 6. Inaplicabilidade de dispositivo de lei inconstitucional. 7. Posição do Tribunal Superior Eleitoral. 8. Conclusão.

1. Introdução

O assunto em tela é velho conhecido da jurisprudência pátria. No entanto, tem circulado na imprensa a idéia de que os concursos públicos promovidos pelos Estados-membros e Municípios devem cumprir integralmente o que prevê a Lei nº 9.504/97.

Como as dúvidas, a respeito do assunto, têm aumentado desde a publicação da referida Lei Eleitoral, faz-se necessário gastar um pouco mais de tinta com o tema. Para tanto, propomo-nos demonstrar que, muito ao contrário do que tem circulado, trata-se de um grande equívoco pensar que o Governo Federal possui autonomia legislativa para adentrar no dia-a-dia de questões afetas aos servidores públicos estaduais e municipais.

Logo, o art. 73, inciso V, letra c, da Lei nº 9.504/97, que veda aos agentes públicos, entre outras coisas, nomear os aprovados em concurso público cuja homologação *não* tenha sido formalizada até 4 de julho do corrente ano, revive um pensamento errôneo sobre o assunto.

Tal é a força desse pensamento que alcançou entre nós consagração legislativa em mais de uma oportunidade.

Portanto, sabendo que a proposição em epígrafe se reveste de especial interesse para os Municípios brasileiros, nosso intuito é esboçar idéias e colacionar a posição dos tribunais,

Fábio Cardoso Correia é advogado e assessor jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM).

abrindo caminho para que os doutos, com mais engenho, venham a construir uma posição definitiva sobre a matéria por demais delicada.

2. Histórico do tema

Ao dispor sobre o assunto em foco, o legislador constitucional atribui expresso e explícito poder à União para legislar sobre direito eleitoral, *ex vi* do art. 22, inciso I.

Desta feita, pelo que se observa do assunto em debate, todo direito eleitoral deve ficar jungido ao regramento emanado da União, sendo vedado aos Estados-membros e Municípios elaborar qualquer lei concernente à matéria.

Calha ao lanço a posição do Professor Pinto Ferreira, sobre o tópico em comento, *verbis*:

“O direito eleitoral abrange toda a matéria de conteúdo eleitoral, e a própria Constituição de 1988 se interessou em estabelecer o conteúdo básico do dito direito, determinando-lhe como essencial a organização e o funcionamento dos partidos políticos, a organização judiciária eleitoral, o alistamento eleitoral, o processo eleitoral e o sistema repressivo eleitoral; tão ampla é a tendência centralizadora da União que nem sequer deixou margem à competência supletiva dos Estados-membros.” (*Comentários à Constituição brasileira*. Saraiva, 1990. v. 2, p. 16).

O Professor Celso Ribeiro Bastos, com a acuidade de sempre, registra que:

“O direito eleitoral deve ser nacional. As regras do exercício político em um Estado Democrático necessitam de clareza e devem ficar acima dos interesses ou ambições dos que postulam ou detêm o poder” (*Comentários à Constituição do Brasil*. v. 3. t. 1, Saraiva, 1992. p. 240).

Em apoio desse entendimento, são de inestimável valor as lições sempre proficientes do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Saraiva, 1990. v. 1, p. 171:

“Direito Eleitoral – Neste âmbito estão todas as normas relativas a eleições, quer as concernentes ao preparo e realização, quer as referentes à sua apuração e à diplomação dos eleitos.”

Dessa forma, seguindo o norte traçado pelo constituinte originário, foram editadas diversas leis eleitorais. Vejamos: Leis n^{os} 7.773, de 8-6-89; 8.214, de 24-7-91; 8.713, de 30-9-93; 9.100, de 29-9-95 e 9.504, de 10-9-97.

Com exceção da penúltima, todas as leis supratranscritas vedavam ou restringiam a realização de concurso público durante o período eleitoral que imediatamente precede à eleição. Essas proibições, muito embora insertas no corpo de uma lei eleitoral, matéria que compete privativamente à União legislar conforme já aduzido, não possuíam a referida natureza, isto é, eleitoral, sendo inadmissível que, por ingerência da União, ficasse a Administração Pública dos Estados-membros e Municípios impedida de praticar quaisquer atos no exercício regular do poder-dever de uma boa Administração, indispensáveis ao satisfatório e salutar andamento das necessidades da comunidade.

Nessa linha de pensamento, há vários anos vem o IBAM¹ defendendo a tese – vencedora nos Tribunais – de que uma lei eleitoral não pode adentrar na autonomia dos entes federados, máxime quando se tratar de matéria afeta aos servidores públicos.

Recorremos novamente ao Professor Pinto Ferreira que, preocupado quanto à interferência das leis eleitorais na autonomia dos entes federados, afirma:

“É preciso, entretanto, salientar até que ponto se estende o conteúdo do direito eleitoral nos Estados, cujas fronteiras terminam com a posse do representante. O poder federal não deve imiscuir-se para além dessas fronteiras no plano estadual, interferindo na autonomia estadual e no seu sistema de organização de poderes (...)” (op. cit., p. 16).

3. Posição do Supremo Tribunal Federal

O Colendo Tribunal Constitucional da Nação teve a oportunidade de apreciar duas leis eleitorais – Leis n^{os} 7.773/89 e 8.214/91 – e, em ambas, advogou a tese de que a autonomia dos Estados-

¹ Marcos Flávio R. Gonçalves, preclaro Consultor Jurídico do IBAM desde junho de 1989, já asseverava: “O IBAM mantém o entendimento antes esposado. Não se há que confundir direito eleitoral com interferência na autonomia dos Municípios, garantida esta pela Constituição. Ademais, a Carta Federal de 1988 prescreve a realização de concurso público para admissão de servidores permanentes, sejam estes estatutários ou contratados. Ora, sendo a realização de concurso considerada como isenta, que não deve permitir favorecimentos de qualquer espécie, conclui-se que a vedação da administração é inócua, porque aquela feita indiscriminadamente já é proibida pelo texto constitucional (art. 37, incisos I, II e III)”.

membros e Municípios não podia ser vilipendiada por uma simples lei eleitoral².

À vista do exposto, consagrou o STF o entendimento de que os dispositivos das leis eleitorais que dispunham sobre concurso, homologação, demissão, aumento de remuneração etc. eram inconstitucionais, visto que fugiam à natureza da matéria que deviam cuidar.

Vejam-se alguns trechos dos julgados em comento:

“Mandado de segurança nº 21.001 – DF

(...)

Mesmo reconhecendo ter sido processado administrativamente, considera ferido (...) por ter sido praticado, o ato presidencial, no período compreendido pela vedação constante do art. 15 da Lei nº 7.773, de 8 de junho de 1989. (...)

Fere o senso jurídico, ético e o bom senso considerar que a garantia do processo eleitoral deve ser obtida até mesmo à custa do sacrifício do interesse público (...). Por isso, a norma da lei eleitoral deve ser interpretada considerando-se a sua finalidade específica – evitar que o exercício da competência administrativa impeça o livre exercício do voto, assim turbando o processo eleitoral.(...) a demissão vedada é apenas aquela que tem fins políticos, isto é, que visa a impedir ou a afetar de outra forma o livre exercício do direito de votar”³. (Grifamos)

“Ação direta de inconstitucionalidade nº 786-6 – DF.

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei federal nº 8.214, de 24.07.1991, art. 29,

² Apesar da posição firmada pelo STF quando da edição da Lei Eleitoral nº 7.773/89, não raras vezes encontramos recentes decisões proferidas com base na mencionada Lei e, diga-se de passagem, contrárias ao pensamento da Corte Constitucional. Nesse sentido, vejamos, em apertada síntese, decisão de 24 de junho de 1997 (Processo nº 206.180-3/96, p.15) proferida pelo E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*: “Em face do exposto, o Corpo Instrutivo sugere que o presente Recurso seja conhecido e não provido pelo plenário desta Corte, ficando mantida a decisão prolatada no Processo TCE nº 202.132-6/90, relativa aos itens I e IV. Quanto aos itens II e III da referida decisão, sugere que os mesmos sejam cumpridos após o período eleitoral, tendo em vista as vedações legais relativas a contratações e concurso público neste período”. (Grifo nosso).

³ Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 130, p. 1042-1045, dez. 1989.

‘parte final’. Proibição de realizar-se concurso público, nos municípios, no período compreendido entre o primeiro dia do quarto mês anterior às eleições municipais e o término do mandato de Prefeito do Município. Constituição Federal, arts. 18, *caput*, 37 e seus incisos, 29 e 30, I. Relevância jurídica dos fundamentos da inicial e conveniência de suspensão das expressões impugnadas. Cautelar deferida, para suspender, até o julgamento final da ação, a vigência das expressões: ‘ficando igualmente vedada a realização de concurso público no mesmo período’, constantes do art. 29, da Lei nº 8.214, de 24 de julho de 1991.

Voto:

O Senhor Ministro Néri da Silveira (Relator): Tenho como relevantes os fundamentos do pedido, em face dos arts. 18, *caput*, e 37 e seus incisos, da Constituição.

Em realidade, a lei federal em exame, dispondo sobre matéria eleitoral, introduz regra de índole administrativista, embora sob inspiração de moralidade do processo eleitoral. Certo é que, em se tratando de pleito municipal, interdita-se aos Municípios a prática de atividade peculiar à sua administração. O juízo da conveniência e necessidade ou oportunidade de abertura de concurso público para prover cargos municipais não há de ficar pendente de limitações do legislador ordinário federal, sob pena de restrição indevida à autonomia do Município.(...)

Dessa maneira, entendo que a cláusula impugnada, em realidade, representa demasia que fere a autonomia do Município”⁴. (Grifos do original e nossos)

O acima exposto limita-se a refletir posição cristalizada pelo Tribunal Constitucional da Nação. Como se vê, a matéria é tranqüila. Inobstante a posição supratranscrita, vejamos, por oportuno, outra manifestação judicial sobre o tema.

4. Posição do Superior Tribunal de Justiça

Julgando um recurso de servidor demitido em período eleitoral, decidiu o STJ que é possível a demissão de servidor como resultado de

⁴ Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 46, p. 305-307, 1993.

processo administrativo, ainda que dentro do sobredito período. E fê-lo com absoluta correção, decidindo em acórdão unânime que a lei eleitoral “objetiva impedir vantagens e prejuízos eleitorais nos atos administrativos subalternos de perseguição e favorecimento, *não o normal desenvolvimento da administração*”⁵. (Grifo nosso).

Ressalte-se, outrossim, que no voto do Ministro Américo Luz⁶ houve expressa menção ao M.S. nº 20.001- DF, já transcrito, em parte, neste artigo.

5. Lei Federal nº 9. 504, de 30 de setembro de 1997

Pelo que temos observado no contato diário com diversos Administradores Públicos, chegamos à conclusão que a dúvida dos intérpretes deve-se ao fato de o Presidente da República não ter vetado o dispositivo que trata do assunto, tal como fez com o art. 77 da Lei nº 9.100/95⁷.

Para um melhor desenvolvimento lógico do assunto, vamos transcrever o inciso V, letra c, do art. 73 da Lei nº 9.504/97:

⁵ Trecho da ementa do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ensejador da impetração do Recurso em Mandado de Segurança nº 870-0-RS, publicado na *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 62, p. 139-141, out. 1994.

⁶ Op. cit., p. 139.

⁷ A propósito, calha ao lanço transcrevermos parte das razões do veto presidencial ao art. 77 da Lei nº 9.100/95. Vejamos: “Preceitua o art. 77 que, ao servidor público civil ou militar da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, candidato ou não a cargo eletivo, é garantido, no período compreendido entre 1 de junho e 31 de dezembro de 1996, permanecer na circunscrição do pleito e em seu cargo ou emprego, não podendo ser removido *ex officio*, transferido ou exonerado, ou, ainda, ser demitido, sem justa causa ou dispensado, ter suprimidas ou readaptadas vantagens, bem como contagem de tempo de serviço para todos os fins, ou por outros meios ter dificultado ou impedido seu exercício funcional ou permanência na circunscrição do pleito. (...) Ora, *as proibições extrapolam os limites da lei a ser editada*, no momento em que se impõe ônus a entes não-incluídos entre aqueles que eventualmente possam praticar ações com reflexos nefastos nas eleições municipais a serem realizadas em 1996. Com a adoção da medida, a União e o Distrito Federal ver-se-ão impossibilitados de praticar os atos mencionados no art. 77, sem qualquer justificativa plausível para tal. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional”.

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre candidatos nos pleitos eleitorais:

V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, *nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos*, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

c – *a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo.*” (Grifamos)

Em verdade, sem quereremos causar qualquer controvérsia – até porque nosso intuito não é esse –, não podemos deixar de discordar do teor do dispositivo acima.

Logo, a nosso entender, deveria o Presidente da República ter vetado o artigo em comento – *na mesma linha do veto ao art. 77 da Lei nº 9.100/95* – por flagrante inconstitucionalidade⁸, tendo em vista a ingerência que o artigo causa na autonomia dos Estados-membros e dos Municípios para organizar seus serviços e servidores.

A par da violência que o art. 73, inciso V, letra c, acima elencado inflinge à autonomia dos entes federados, suscita o dispositivo uma curiosa questão de difícil superação, qual seja: a inconstitucionalidade da norma objeto do presente estudo.

Ora, na melhor técnica de direito, estaria o dispositivo em comento revogado pela Lei Fundamental da Nação, visto que, na espécie, compromete a autonomia municipal em seus vários aspectos: autogoverno, auto-administração, auto-organização⁹ etc.

⁸ Sintética, mas categórica, é a lição do Professor de Direito Constitucional da PUC-MG, Dr. Kildare Gonçalves Carvalho: “Há inconstitucionalidade formal quando a lei foi elaborada em desacordo com as normas previstas para sua criação, incluindo-se a incompetência do órgão que a emitiu. A inconstitucionalidade material decorre da incompatibilidade da norma com o texto constitucional” (*Técnica legislativa*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 117).

⁹ Sobre o assunto, o ilustre Doutor em Direito Constitucional, Professor Celso Bastos, produziu o magnífico estudo O município: sua evolução histórica e suas atuais competências. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 1, p. 54-76, out./dez. 1992.

6. Inaplicabilidade de dispositivo de lei inconstitucional

Como o art. 73 da lei federal em estudo afronta, desde a sua edição, alguns princípios constitucionais, somos obrigados a adentrar – ainda que perfunctoriamente – na questão atinente ao princípio da hierarquia das leis.

Na interpretação do dispositivo acima, não pode o Administrador local ater-se ao *sentido* de conceito, sob pena de atuar no vácuo. Deve, sim, perquirir se a dita norma legal vai de encontro com a “vontade da lei”, qual seja, regular o dia-a-dia das eleições.

Acerca da melhor maneira de identificar e interpretar, no âmago do sistema hierárquico nacional, se determinadas normas legais encontram-se em harmonia com o Texto Magno, cabe-nos recorrer ao magistério do notável Professor Michel Temer que, em sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, estampa posição semelhante ao acima exposto. Vejamos:

“...a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. *Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional*, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquela palavra” (op. cit. 8. ed. *Revista dos Tribunais*, 1991. p. 25-26). (Grifo nosso).

Com efeito, sobre qual o melhor método – teleológico, finalista etc – que deve servir de orientação para correta interpretação de dispositivos constitucionais, o brilhante Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, em ensaio de merecimento científico em que colaciona lição de Aurelino Leal¹⁰, Hans Kelsen, Vezio Crisafulli, Hector Fix Zamudio, José Zafra Valverde etc, publicado na *Revista de Direito Público*, n. 59, ensina-nos que:

“A determinação do sentido e alcance das expressões do Direito, processo que visa a extrair da norma todo o seu conteúdo, realiza-se por meio de interpretação,

¹⁰ Primeiro jurista brasileiro a tratar sobre técnica legislativa, em conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, e publicada sob o título de técnica constitucional brasileira. (Rio de Janeiro: Tip. do Jornal do Comércio, 1914) apud CARVALHO, op. cit., p. 13.

que possui técnica e meios peculiares para serem atingidos os objetivos da Hermenêutica. (...)

A interpretação constitucional, além de pedir conhecimento técnico elevado, exige sensibilidade jurídica, política e social, para que possamos penetrar *no verdadeiro sentido das disposições constitucionais* e os reflexos das mesmas no ordenamento jurídico global.

O intérprete deve buscar a conexão sistemática das diversas partes da Constituição, no exame dos aspectos orgânico-estruturais e funcional-atributivos.

A análise da jurisprudência constitucional serve para refletir a missão política e institucional dos tribunais constitucionais, bem como a influência dos mesmos no desenvolvimento do regime político “(*Hermenêutica constitucional*, p. 47 e 71). (Grifo nosso).

Para completar o acima aduzido, não podemos esquecer de mencionar o método do estudo hierárquico das leis proposto por Hans Kelsen, conhecido por *pirâmide jurídica*. Sobre a hierarquia entre as leis federais e a autonomia dos entes federados, permitimo-nos transcrever a abalizada lição do ilustre Professor Nagib Slaibi Filho:

“Na realidade, a única hierarquia que existe entre as leis é aquela determinada pela Constituição rígida: a norma constitucional formal, em qualquer hipótese, vincula a elaboração das normas infraconstitucionais, que com ela não podem ser conflitantes. Hierarquia, se existir, é aquela entre a Constituição e as demais leis.

No mais, cada função estatal obedece aos parâmetros constitucionais, deles não podendo se desviar *sob pena de inconstitucionalidade e inaplicabilidade nos casos concretos* (– *Anotações à Constituição de 1988* : aspectos fundamentais. 2. ed. Forense, 1989. p. 179). (Grifamos)

Tendo em mente os argumentos expendidos, concluímos, no caso, que, necessitando os Municípios homologarem seus concursos em prazo diverso do previsto na Lei n° 9.504/97, nada obsta tal intento, desde que, na espécie, sustentem que o descumprimento em debate tem por base preceito emanado de dispositivo írrito que, como já visto, não zela pelo respeito à Lei Magna¹¹.

¹¹ Sobre a possibilidade de os Municípios descumprirem dispositivos de leis eleitorais que atentem contra sua autonomia constitucional, não podemos deixar de mencionar a existência do Parecer PG/PSE/

Dessa forma, se, por hipótese, alguém entrar com ação visando a que o Executivo cumpra o preceito legal invocado, poderá o Prefeito alegar, na via de defesa ou exceção, a inconstitucionalidade do dispositivo em debate.

Assim, a nosso ver, não se há de negar ao Prefeito Municipal, *verbi gratia*, a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que, por ato administrativo formal e expresso, declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste.

O Professor Hely Lopes Meirelles, sempre preciso e correto, oferece-nos lapidar lição, vejamos:

“O cumprimento de Leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidade na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores.”

E, mais adiante, arremata:

“A administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da Lei Ordinária e a Constituição deve ser atendida a desta e não o daquela, que lhe é subordinada. *Quem descumprir lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição*” (*Direito Municipal brasileiro*. 3. ed. p. 848-849). (Grifamos).

A jurisprudência pátria acompanha, pacificamente, o entendimento retro esposado, como se pode ver dos seguintes e venerandos acórdãos, entre outros:

13/92 da lavra da Dr^a Vanice Maria Lírio do Valle, ilustre Procuradora do Município do Rio de Janeiro que, em 14 de maio de 1992, elaborou um belíssimo estudo publicado no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro de 29.5.92, p. 8-11. Vejamos alguns trechos:

“Viciado de raiz será portanto qualquer texto legal, ainda que federal, que comprometa a autonomia municipal em qualquer de seus aspectos...”

In casu, vedando o texto sub exame a realização de concurso público no período intermédio entre o primeiro dia do quarto mês anterior às eleições e o término do mandato do Prefeito (3.6.1992 a 31.12.1992), inegável a interferência na autonomia administrativa municipal. (...)”.

“*Funcionário público. Lei inconstitucional. Poder Executivo.* O Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais.” (STF. Recurso de Mandado de Segurança nº 13.950/68. Relator: Ministro Amaral Santos. RDA, n. 97, p. 116).

“*Lei inconstitucional. Poder Executivo. Negativa de eficácia.* O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional.” (STF. 1ª Turma. AC. un. Resp. nº 23.121-1/GO. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. DJU, p. 23521, 8 nov. 1993. Seção 1).

Por todo o exposto até aqui, não temos dúvida em filiar-nos à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de aplicar¹² dispositivo de lei – *mesmo que federal* – que se lhe afigure inconstitucional.

Imperioso consignar, apenas a título de ilustração, que ao Poder Judiciário continua reservado dizer a última palavra sobre a existência, ou não, da inconstitucionalidade, assumindo a Administração Pública o risco¹³ de eventual falta de adequação do caso concreto.

7. Posição do Tribunal Superior Eleitoral

Inobstante o já exposto, recentemente o *Diário Oficial da União* (7 nov. 1997) publicou decisão – Resolução TSE – nº 20.000 (Instrução

¹² Sobre a possibilidade de o Executivo Municipal descumprir preceito legal que entenda inconstitucional, ver nosso “Lei inconstitucional promulgada pelo legislativo: consequência prática em nível municipal”, publicado no *Boletim Legislativo* Adcoas, nº 32/96, p. 1118-1122, 1996.

¹³ Sobre o risco acima mencionado, já se manifestou, de modo claro, Elival da Silva Ramos, *verbis*: “Ademais, é de se exigir que a decisão administrativa de negar cumprimento à lei inconstitucional deve ser suficientemente motivada. Não se pode olvidar que, entre nós, configuram crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra o cumprimento das leis (art. 85, VII, da CF/88). (...) Porém, não se pode admitir que, com base em singela invocação de vício de inconstitucionalidade, despida de um mínimo de fundamentação consistente, ponha-se o Chefe do Executivo a descumprir os atos legislativos editados pelo Parlamento. Se assim o fizer, poderá seguramente incorrer em crime de responsabilidade, sancionável com a perda do cargo (art. 52, parágrafo único, da CF), caso o Congresso Nacional venha a sustentar a constitucionalidade do seu ato e o Poder Judiciário, se chamado a decidir a controvérsia, também sufrague esse ponto de vista” (*A inconstitucionalidade das leis : vício e sanção*. Saraiva, 1994. p. 239).

nº 24 - Classe 12ª - Distrito Federal. Relator: Ministro Eduardo Alckmin) – referente ao calendário eleitoral para o corrente ano.

Vejamos parte da Resolução sobredita, que bem resume o pensamento dos eminentes Ministros que compõem a Corte:

“*Calendário eleitoral (eleições de 1998)*

O Tribunal Superior Eleitoral, usando das atribuições que lhe confere o art. 105 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, resolve expedir as seguintes instruções:

(...)

4 de julho – sábado

(três meses antes)

1- Data a partir da qual são vedadas aos agentes públicos as seguintes condutas (Lei nº 9.504/97, art. 73, incisos V e VI, “a”).

I – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, *nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos*, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os casos de:

c – nomeação dos aprovados em concursos públicos *homologados até esta data*”. (Grifamos).

Como se vê, em que pese a tese levantada por alguns de que o Eg. TSE vedou a realização de concurso público nos Municípios no período que antecede a eleição de 4 de outubro deste ano, discordamos, *data venia*, desta posição, malgrado o respeito de que são merecedores seus defensores.

Em verdade, nada mudou. Logo, cabe a todos assegurar a interpretação mais lógica e razoável do tema. Nesse sentido, os concursos podem ser realizados e homologados *a qualquer momento* pelos Municípios brasileiros, sendo possível, obviamente, a contratação ou nomeação – dependendo do regime jurídico adotado – dos aprovados.

Peço perdão pela insistência, mas é preciso fixar – se possível, definitivamente – que Lei Federal não possui autonomia legislativa para vedar a realização de concurso público pelos Municípios no período eleitoral.

No tocante à proibição de homologá-los em prazo diverso do constante na Lei nº 9.504/97, entendemos que esses atos estarão fora do alcance da norma em debate, pois “os Municípios exercem a função de legislar sem submissão

hierárquica, sendo inconstitucionais a lei estadual e a lei federal que, *desbordando dos limites das respectivas competências*, invadirem o campo da competência municipal”¹⁴.

Cabe, ainda, lembrar que resoluções publicadas não têm o condão de vincular os administradores públicos, visto que trazem em seu bojo o caráter meramente interpretativo das leis.

É o que ficou assentado na Resolução nº 18.019 do TSE, de 2.4.92, Relator Ministro Sepúlveda Pertence:

“Senhor Presidente, *as resoluções do TSE*, cujo objeto seja matéria constitucional ou constitucionalmente reservada à lei – qual a pertinente às inelegibilidades –, *são atos* – regra secundários, regulamentos meramente interpretativos, *despidos da autonomia normativa*: orientações para facilitar a observância da Constituição ou da legislação eleitoral, *obviamente não criam direitos ou obrigações em contrário às normas superiores*, de que derivam sua validade, na medida em que lhe sejam conformes.

Vem daí a sua revisibilidade, não apenas facultade, mas compulsória, sempre que, em sede jurisdicional ou na própria sede administrativo-regulamentar, de que emanam, o Tribunal se convença da desconformidade entre a resolução interpretativa e as normas superiores interpretadas.” (Grifos nossos)

Desta feita, sempre que somos instados a interpretar qualquer assunto, temos por primado buscar a conexão sistêmica das diversas partes da Lei Maior com o assunto em estudo.

Assim, como toda norma secundária¹⁵ deve estar em conformidade com o texto e os princípios fundamentais da lei suprema, entendemos que o verdadeiro princípio do art. 22, inciso I, da Constituição é aquele que o STF e o STJ já ministraram, ou seja, resguardar o livre exercício do voto, não adentrando, jamais, no funcionamento normal de uma boa administração, que, *in casu*, deve estar jungida ao princípio da moralidade e legalidade administrativa.

8. Conclusão

Demonstrando-se, à saciedade, que podem os Municípios brasileiros, dentro da autonomia

¹⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 128.

¹⁵ BARACHO, op. cit., p. 54.

que lhes confere a Constituição vigente – arts. 1º, 18, 29 e 30 –, realizar concursos públicos e, conseqüentemente, homologá-los dentro do

prazo que melhor lhes aprouver, acreditamos que o presente trabalho tenha contribuído para serenar eventuais dúvidas sobre o tema.

Da perda e suspensão dos direitos políticos

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O princípio da universalidade e os requisitos inerentes à cidadania. 3. A universalidade do sufrágio, a perda e a suspensão dos direitos políticos. 4. Cancelamento judicial de naturalização. 5. Incapacidade civil absoluta. 6. Condenação criminal irrecorrível. 7. Escusa de consciência. 8. Improbidade administrativa. 9. O conscrito. 10. Palavras finais.

1. Introdução

Emergindo vitorioso da renhida disputa travada com o Papado e os senhores feudais, o rei, amparado pela idéia de soberania, passou a centralizar, em torno de sua pessoa, todos os atributos do poder político. Esse cenário representava a integral e ilimitada subjugação dos indivíduos ao cetro real, equivalendo à supressão de qualquer liberdade ou direito individual frente ao Estado.

Irresignado com a realidade então vigente, o ideário liberal do Século das Luzes passou a recomendar, com retórica persuasiva, a limitação das competências do monarca, prestigiando, entre outros postulados, a idéia de soberania popular.

Albergando por embrião a realidade vivenciada pela *polis* grega, os manifestos jurídicos dos movimentos políticos ocorridos há duas centúrias, fortemente apegados ao iluminismo de Rousseau, passaram a alvitrar a impostergável implantação do sistema representativo, fazendo deslocar, em prol do povo, a crença do poder divinatório da monarquia absoluta. Colhe-se, na Seção II da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776:

“Todo poder reside no povo e, por consequência, deriva do povo; os magis-

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal, Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, Professor do Curso de Direito da UFRN e mestrando da UFPE.

trados são seus mandatários e servidores e responsáveis a todo o tempo perante ele”.

Editada poucos dias após, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho do mesmo ano, asseverava:

“...Os governos são estabelecidos entre os homens para assegurar estes direitos e os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados; quando qualquer forma de governo se torna ofensiva destes fins, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-o nos princípios e organizando os seus poderes pela forma que lhe pareça mais adequada a promover a sua segurança e felicidade”.

Não destoante o toque de universalidade da França Revolucionária de 26 de agosto de 1789:

“O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que daquela não emane expressamente” (art. 3º).

Substituiu-se, então, o alvedrio do rei pelo consenso coletivo, cristalizado no sufrágio.

O Estado brasileiro, surgido no apagar do primeiro quartel do século XIX, não passou despercebido aos eflúvios da *volonté générale*. O art. 12 da Carta Magna de 25 de março de 1824 proclamava: “Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação”. A tendência obtivera continuidade nas Lei Fundamentais que se seguiram: 1891 (art. 1º), 1934 (art. 2º), 1937 (art. 1º), 1946 (art. 1º), 1967 (art. 1º, §1º) e 1969 (art. 1º).

Na busca de positivar a democracia representativa, surgiu o que se pode denominar de direitos políticos. Conceituando a entidade jurídica, há duas vertentes. A primeira delas, voltada a descortinar o seu sentido lato. Entende a expressão como a utilização, pelo cidadão, dos direitos fundamentais que a democracia lhe assegura. Direito político, acentua, Carlos Fayt, compreende “o estudo da estrutura dinâmica, da organização política e suas relações com a sociedade, a ordem e a atividade política, incorporando o método sociológico e político, sem abandonar o jurídico, inerente à disciplina, pela relação funcional do Direito com os demais elementos da estrutura da organização política”¹.

¹ *Derecho Político*, v. 1. p. 42: “el estudio de la estructura dinámica de la organización política y sus relaciones con la sociedad, el orden y la actividad política, incorporando el método sociológico y polí-

Por sua vez, procedendo-se à análise em busca do seu sentido restrito, ou menos extenso, aporta-se na juridicização do direito de voto pelos cidadãos, na qualidade de titulares da soberania². Compreende duas vertentes principais: a cidadania ativa (direito de escolher os governantes) e a cidadania passiva (direito de ser eleito). Essa concepção, mais estreita, usufrui aqui de preferência, em virtude de melhor harmonizar-se aos propósitos desta célere pesquisa, voltada aos condicionamentos necessários a que o Estado retire do cidadão o atributo de eleger e ser eleito.

2. O princípio da universalidade e os requisitos inerentes à cidadania

Corolário da democracia contemporânea, a universalidade do sufrágio implica o reconhecimento do direito de votar e, em consequência, do de ser votado a todos os indivíduos de um Estado. Fundamenta-o a dignidade da pessoa humana.

Traduz a proscrição do sufrágio restritivo, de maneira que todos os indivíduos podem escolher os seus governantes, salvo quando não preenchem os requisitos gerais de capacidade previstos no ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, não se encontrem atingidos por um estado de incompatibilidade previsto normativamente.

Exaltando tal cânon como vetor da democracia contemporânea, diz Antonio D’Atena:

“O valor comum sobre o qual estão fundadas tais regras é constituído pela igualdade dos cidadãos: pelo assunto, quer dizer que a habilidade para adotar decisões políticas (ou de concorrer para a adoção delas) não seja apanágio de elites ou aristocracias, mas patrimônio de todos os membros da comunidade gover-

tico, sin abandonar el jurídico, inherente a la disciplina, por la relación funcional del Derecho com los demás elementos de la estructura de la organización política”.

² Essa acepção é adotada por Oscar Dias Corrêa (Nacionalidade e direitos políticos. In: A CONSTITUIÇÃO brasileira 1988 : interpretações, p. 52). Pontes De Miranda (*Comentários à Constituição de 1967* : com a Emenda nº 1 de 1969. v. 4, p. 573), embora proceda a pequeno alargamento, para considerar não só o direito de votar e ser votado, mas toda e qualquer faculdade de participar da organização e funcionamento do Estado, como também a faculdade de ser chamado a ocupar os cargos políticos para os quais não se faça necessária eleição.

namental. Daqui, a universidade do voto (como princípio de legitimação dos modernos sistemas democráticos)”³.

O postulado logrou acolhida no art. 14, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei Fundamental de 1988, representando tendência majoritária no plano da comparação espacial. Consta de previsão na XV Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, de 27 de fevereiro de 1869, onde se lê:

“Nenhum cidadão dos Estados Unidos poderá ser privado do direito de voto pela União ou por qualquer outro Estado com fundamento na raça, na cor ou na anterior condição de escravo”.

Malgrado essa solene declaração, não se pode deixar de realçar o grandioso papel da Suprema Corte Norte-americana ao forçar a sua implementação fática. Em 1915, no *case Guinn v. United States*, 238 U.S. 347, foi reconhecida a inconstitucionalidade da cláusula avoenga (*Grandfather Clause*), inscrita em várias leis estaduais, por intermédio da qual as pessoas eleitoras, ou descendentes de eleitores a 1º de janeiro de 1867, eram dispensadas da prova de saber ler e escrever. Com isso, muitos brancos iletrados conquistaram o direito de votar, em flagrante desigualdade com os negros, que não poderiam se valer daquela disposição, necessitando serem alfabetizados para votarem. Passados dois anos, invalidou-se regulamento municipal estabelecendo zonas residenciais segregadas para pessoas de cor (*Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60). Uma década mais tarde, em 1927, nulificou-se lei do Texas que alijava os negros das eleições primárias (*Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536), e outra posterior que, com o mesmo intento, circunscrevia a votação nas eleições primárias aos membros dos partidos políticos estaduais (*Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73). Não obstante, a recusa, emanada do próprio partido político, em aceitar a participação dos negros nas eleições primárias não fora reputada atentado ao *due process of law*⁴, em sua feição substantiva, por

³ *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, p. 438: “Il comune valore su cui tali regole si fondano è costituito dall’eguaglianza dei cittadini: dall’ assunto, cioè, che la capacità di adottare decisioni politiche (o di concorrere alla loro adozione) non sai appannaggio di élites od aristocrazie, ma patrimonio di tutti membri della comunità statale. Di qui, l’università del suffragio (come principio di legittimazione dei moderni sistemi democratici)”.

⁴ Excelente estudo sobre o devido processo legal é o de Charles D. Cole, Professor da Univerdade *Samford*, Alabama, EUA. O devido processo legal na

este somente proteger o cidadão diante dos atos estatais (*Grove v. Townsend*, 295 U.S. 45).

Seguindo o exemplo da grande nação da América do Norte, a Constituição Italiana dispõe, em seu art. 48, § 2º: “O direito de voto não pode ser limitado, exceto por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral, indicados pela Lei”. O mesmo exemplo é oferecido pela Portuguesa de 1976: “Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei em geral”. Idem a França: “O sufrágio pode ser direto ou indireto nos termos previstos pela Constituição. É sempre universal, igual e secreto. São eleitores, nas condições determinadas pela lei, todos os nacionais franceses, maiores, de ambos os sexos, no gozo de direitos civis e políticos” (art. 3º, nº 2 e 3, da Constituição de 5-10-58).

Adentrando na província dos requisitos gerais para o sufrágio, podemos elencá-los em três grandes espécies. O primeiro deles diz respeito à nacionalidade. Assim somente podem votar e serem votados aqueles que detêm, por fato natural ou voluntário, a condição de nacional de determinado Estado. Nessa linha, o art. 14, § 2º, da Norma Ápice, é claro em sustentar não poderem se alistar como eleitores os estrangeiros.

Fustel de Coulanges⁵ demonstrara recuar aos tempos mais antigos de Grécia e Roma a vedação da cidadania aos adventícios, inspirada por motivos religiosos. A qualidade de cidadão decorria da participação do homem no culto da cidade, de onde provinham todos os direitos civis e políticos, exigindo os romanos assistisse o indivíduo à cerimônia da lustração. Contrariamente, o estrangeiro seria aquele que não tem acesso ao culto, a quem os deuses da cidade não protegem e que não possuem o direito de invocá-los. Essa concepção teocrática, que preponderara na antigüidade, interditava os estrangeiros da cidadania.

Numa posição mais ampla, há quem, como Gomes Canotilho⁶, a alvitrar que o princípio da

cultura jurídica dos Estados Unidos : passado, presente e futuro. *Revista Ajufo*, n. 56, p. 33.

⁵ *A cidade antiga*, p. 155-7.

⁶ *Direito Constitucional*, p. 436. Da mesma maneira, José Alfredo de Oliveira Baracho (A teoria geral do Direito Eleitoral e seus reflexos. In: *PERSPECTIVAS Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*. v. 2, p. 517) noticia a existência, na literatura política francesa, de vários debates em prol do voto dos estrangeiros.

universalidade alberga o condão de, progressivamente, trilhar pela extensão do direito de voto aos cidadãos estrangeiros.

Outra condicionante é o etário. Considerando-se que o ato de votar implica a escolha dos destinos da sociedade, fixam as legislações uma idade a partir da qual se presume o ser humano consciente para o exercício do sufrágio.

A maior parte dos ordenamentos perfilha, na atualidade, a idade de 18 anos como representativa da maioridade eleitoral. Exemplo disso pode-se constatar na Grã-Bretanha (1969), Alemanha Federal, Luxemburgo, Países Baixos (1970); Estados Unidos (Emenda XXVI, 1971), Irlanda (1972), França (1974), Itália (1975), a extinta URSS (1977) e a China (1975). Nossa atual Constituição, mantendo a orientação do art. 108 da Lei Magna de 1934, que reduzira o limite mínimo de 21 anos de 1891 (art. 70), consagrou a idade de 18 anos como obrigatória para o exercício do voto. Em inovação, objeto de censuras, permitiu a outorga, a título de faculdade, do voto aos 16 anos.

Para a definição de qual a idade indicada para o desempenho do direito de voto, concordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que somente poderá ocorrer quando o eleitor possuir as maioridades penal e civil. São as suas palavras:

“Com efeito, não faz sentido considerar que alguém, por falta de maturidade, é inapto para praticar, por si mesmo e sem assistência alheia, atos relativos à sua vida civil, pessoal, particular — e que, inclusive, não a possui sequer para responder por comportamentos gravemente anti-sociais que pratique (crimes) —, mas que, contraditoriamente, está apto para praticar ato de relevância magna, qual o de eleger os que tomarão decisões que afetarão não apenas a si próprio, mas também aos demais membros da Sociedade⁷.

Imprescindível, portanto, a uniformidade entre as idades indicadoras da capacidade política, civil e penal.

Em terceiro lugar, há a inscrição eleitoral, consistente em ficar o candidato a eleitor inscrito como apto a votar em delimitada circunscrição territorial. Está prevista no art. 14, § 1º, da Lei Mor, ao falar no alistamento como operação apta a tornar o nacional cidadão.

Durante vários anos, a Democracia Repre-

⁷ Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). *Direito Eleitoral*, p. 42.

sentativa conviveu com o dilema do voto feminino, funcionando outrora o sexo como elemento genérica da aptidão de votar.

O reconhecimento inicial da participação das mulheres nas votações constou de Lei Estadual americana de 1869, cujo anseio fora, meio século depois, captado pela Emenda XIX, de 5-6-19, ratificada em 26-8-20, ao solenizar:

“Nenhum cidadão dos Estados Unidos poderá ser privado do direito de voto pela União ou por qualquer Estado com fundamento no seu sexo”.

A tendência logo fora seguida pela Dinamarca (1915), Grã-Bretanha (1918), URSS (1918), Alemanha (1919), Espanha (1931), França (1944), Itália (1945), Argentina (1947), Bélgica (1948), Suíça (1971) e Liechtenstein (1984).

No solo patrial, alegra-nos a circunstância de haver a Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, no uso de competência residual que lhe conferia o art. 65, § 2º, da Constituição de 1891, aprovado emenda proposta pelo Deputado Aduino da Câmara, alçando-se pioneiramente no ideal de igualdade política entre os sexos. A proposta transformou-se no art. 77 das Disposições Gerais da Lei Estadual Eleitoral, assim redigido:

“No Rio Grande do Norte, poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por esta lei”⁸.

Depois, a conquista veio a figurar no Código Eleitoral aprovado pelo Decreto nº 21.076, de 24-2-34, passando a habitar o art. 108, *caput*, da Lei Máxima de 1934.

3. A universalidade do sufrágio, a perda e a suspensão dos direitos políticos

Permitindo a imposição de requisitos gerais à cidadania, o sufrágio universal destinou-se, como visto, a servir de importante mecanismo de combate à experiência do sufrágio restrito, ou qualificado, reservado a pessoas portadoras de algumas qualidades distintivas da maioria, tais como riqueza (sufrágio censitário) e certo grau de instrução (sufrágio capacitário)⁹. Sobre

⁸ Maiores informes sobre este antecedente histórico da vida política nacional, consultar Aduino da Câmara (*História de Nísia Florestal*, p. 58).

⁹ A Constituição do Império privilegiara a condição econômica do eleitor ao excluir do voto os criados de servir e os que não tiverem certa renda líquida anual (art. 92, III, 94, I, 95, I). Igualmente, até a Emenda Constitucional 25, de 16/5/85, não se permitia voto do analfabeto.

essa mudança no modo de participação dos cidadãos no governo, verificada na Península Itálica depois de 1945, afirma Fausto Cuocolo:

“Mas a passagem do sufrágio restrito ao sufrágio universal não tem somente uma relevância quantitativa; tem também um evidente significado qualitativo e assinala a etapa da passagem do Estado oligárquico do primeiro constitucionalismo ao Estado democrático contemporâneo”¹⁰.

Isso não quer dizer que não se admita a vedação a certos sujeitos, em razão de suas condições de saúde, ou de seu proceder na comunidade, do acesso ao exercício dos direitos às cidadanias ativa e passiva.

Em contrapartida, duas advertências não podem ser desprezadas por força do arquétipo moldado pela consagração do sufrágio universal. Não perder de vista, inicialmente, que a proclamação inserida no pórtico do art. 15 da Constituição, denotando, de regra, ser proscrita a cassação dos direitos políticos, faz com que a interpretação das causas de perda e suspensão seja desenvolvida restritivamente, sem ampliações capazes de cercear o *status* de cidadão.

Exemplo recente dessa tendência se acha retratado na ADInMC 1.805-DF, na qual se questionara o art. 14, § 5º, da Constituição Federal, recentemente alterado pela Emenda Constitucional 16/97, para permitir a reeleição, por mais um só mandato, dos chefes dos Poderes Executivos da União, Estados e Municípios. O Supremo Tribunal Federal, depois de conhecer da ação, asseverando que a fiscalização abstrata da constitucionalidade de emenda ao texto magno só é admitida na hipótese de violação ao seu art. 60, § 4º, indeferiu medida liminar, requerida com a finalidade de se aplicar o dispositivo questionado em harmonia com a cláusula de renúncia prevista no imediatamente posterior § 6º. Ponderou o Excelso Pretório, à primeira vista, ser inadmissível interpretar-se a Constituição de maneira a criar limitação de direito político (cidadania passiva) não acolhida expressamente¹¹.

¹⁰ *Principi di Diritto Costituzionale*, p. 423: “Ma il passaggio dal suffragio ristretto al suffragio universale non ha solo una rilevanza quantitativa; há anche un evidente significato qualitativo e segna le tappe del passaggio dallo Stato oligarchico del primo costituzionalismo allo Stato democratico contemporaneo”.

¹¹ Pleno, mv. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julg. em 26 de março de 1998. *Informativo*, n. 104, p. 3. Instrutiva também a lembrança da inteligência do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 5543-DF, relatada pelo Ministro Arthur Marinho (*Boletim Eleitoral*, n. 78, p. 335).

Em segundo lugar, compete ao legislador, quando a sua intervenção complementar for requestrada, atuar em compasso com o *standard* da proporcionalidade, evitando cerceios ou restrições desnecessárias.

As causas de perda e suspensão dos direitos políticos constituem o objeto principal deste breve ensaio. Gozando, sem ressalva, de foro constitucional, são elas: a) o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; b) a incapacidade civil absoluta; c) a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos; d) a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; e) a improbidade administrativa.

Os termos *perda* e *suspensão* diferem por a primeira ser definitiva, representando privação absoluta, enquanto a segunda é temporária, podendo ser chamada de privação relativa. A Constituição, ao contrário dos ordenamentos de 1934, 1937 e 1946, não indicou quais as circunstâncias de perda ou de suspensão. Partindo-se da natureza de cada uma delas, podemos, principalmente depois da Lei nº 8.239/91, sustentar que, com exceção do cancelamento de naturalização, todo o elenco do art. 15, III, configura supressão provisória da capacidade política.

Passemos, nas próximas linhas, ao exame em separado de cada uma das hipóteses acima.

4. Cancelamento judicial de naturalização

De início, há perda dos direitos políticos quando estrangeiro, por sentença passada em julgado, tem cancelada a sua naturalização.

Reputada requisito genérico da capacidade política, a perda da condição de nacional sempre consistiu, entre nós, em causa de supressão daquela. Assim dispunha o art. 7º, I, da Carta Imperial, sobre aquele que se naturalizar em país estrangeiro. Posteriormente, a Constituição de 1934, no seu art. 111, *a*, previa tal medida para aqueles que, por manifestação de sua vontade, viessem a adquirir outra nacionalidade, aceitassem pensão, emprego ou comissão remunerados de governo estrangeiro, sem autorização do Presidente da República, ou tivessem por judicialmente cancelada a sua naturalização, por exercer atividade social ou política nociva ao interesse nacional. Foi seguida pelas Constituições de 1937 (art. 118, *a*), de 1946 (art. 135, § 2º, I), 1967 (art. 144, II, *a*), e sua Emenda Constitucional 01/69 (art. 149, § 1º, *a*, e § 2º, *a*).

A Lei Básica em vigor, contrariamente, não elencou, como motivo para a perda da cidadania

nia, a aquisição de outra nacionalidade, fora das exceções do seu art. 12, § 4º, II (reconhecimento de nacionalidade originária pela lei brasileira e naturalização forçada), que, por igual, é reputada como hipótese de perda da condição de nacional.

Sem embargo dessa omissão quanto ao art. 15 do escrito sobranceiro, sou da opinião de que ela desemboca, igualmente, na privação absoluta dos direitos políticos. Isso porque, às expressas, o constituinte excluiu da cidadania os estrangeiros (art. 14, § 2º e § 3º, I). Cai por terra, assim, o argumento de sustentar-se a permanência dos direitos de votar e ser votado porque a sua extinção adviria implicitamente de labor exegético. Da mesma forma, a posterior prova da nulidade da naturalização, obtida por falsidade ideológica ou material, também importará no mesmo resultado.

Disciplinando o procedimento judicial aplicável ao cancelamento da naturalização, vigora, recepcionada pelas várias experiências constitucionais que lhe sucederam, a Lei nº 818, de 18-9-49.

Aquele precede inquérito, instaurado mediante requisição¹² do Ministro da Justiça, ou representação de qualquer pessoa, dirigidas à autoridade policial. Em ambas as situações, é necessária a descrição pormenorizada da atividade reputada detrimetosa ao interesse público.

Concluído o informativo, será remetido ao Judiciário, sendo competente o Juízo Federal do domicílio do representado, cujo titular determinará a abertura de vista ao Ministério Público Federal, que, no prazo de cinco dias, decidirá pela instauração do feito, ou por requerer o arquivamento das peças. Nessa hipótese, havendo discordância do julgador, os autos serão remetidos ao Procurador-Geral da República, a fim de ratificar a manifestação anterior, ou indicar outro membro do *Parquet* para iniciar a ação.

Recebida a inicial, que a lei denomina denúncia, designar-se-á dia e hora para a qualificação do réu, o qual será citado pessoalmente, tendo lugar, caso não encontrado, a expedição de edital com o prazo de 15 dias. Não comparecendo injustificadamente, prosseguir-se-á o feito à sua revelia, com a nomeação de curador¹³.

¹² O vocábulo *solicitação*, contido no texto legal (art. 24), é imprestável para exprimir o color hierárquico de tão séria comunicação entre o Ministro da Justiça e as autoridades integrantes da polícia judiciária da União.

¹³ As designações legais *denúncia* e *denunciado* refletem, mais uma vez, impropriedade, talvez escudada pela época da criação legislativa. Cuida-se a hi-

Uma vez qualificado, o denunciado terá o prazo de cinco dias, independente de nova intimação, para apresentar defesa, oportunidade em que poderá protestar pela produção das provas que julgar necessárias. O contraditório e a ampla defesa recomendam aqui que o dirigente do feito não se adstrinja à mera qualificação do réu, por meio do conhecimento dos seus dados pessoais, o que já pode haver sido diligenciado com a exordial, mas a lúdimo interrogatório, auscultando-lhe sobre os fatos que lhe são imputados.

Nos vinte dias seguintes, o juiz passará à fase de colheita das provas cuja produção for deferida, ou determinada *ex officio* pelo magistrado, inclusive com a inquirição de testemunhas, findo o que as partes ainda poderão requerer diligências suplementares em 48 horas.

Ultimada a instrução, será, sucessivamente, aberta vista dos autos às partes pelo prazo de três dias, indo, em seguida, os autos conclusos ao magistrado que, dentro do decêndio imediatamente posterior, procederá, em audiência, com a presença das partes, à leitura da sentença.

A decisão que importar no cancelamento da naturalização desafiará apelação, sem efeito suspensivo, a ser interposta no prazo de quinze dias da audiência em que ocorreu a sua leitura. Embora fale a lei no recebimento do inconformismo apenas com eficácia devolutiva, a extinção dos direitos políticos ainda terá de aguardar o trânsito em julgado, *ex vi* de injunção constitucional. Improcedente o pedido, igual direito caberá ao Ministério Público Federal.

Ocorrendo o trânsito em julgado, remeter-se-á cópia da decisão ao Ministério da Justiça, a fim de ser apostilada a circunstância em livro especial de registro, bem como ao Juízo Eleitoral em que inscrito o réu, dado que deverá, para maior presteza, ser colhido quando da sua qualificação. Remata-se possuir a sentença valor por si mesma, sendo desnecessária nova ação para estender-lhe os seus efeitos no plano político.

Cuida-se de perda de direitos políticos, ao invés de sua mera suspensão, porquanto, transitada em julgado a sentença, o retorno ao estado anterior dependerá unicamente da procedência de ulterior ação rescisória, cujo prazo de propositura se esgota em dois anos.

Por sua vez, diz o art. 35, §§ 1º e 2º, da Lei nº 818/49 que a nulidade do ato de naturalização será buscada em ação, com o rito anteriormente descrito, a ser promovida, no prazo de quatro

pótese de ação cível desconstitutiva, de rito sumário especial, não havendo aqui de cogitar-se do manuseio dos termos mais afeiçoados ao processo penal.

anos¹⁴ a partir da entrega do certificado, pelo Ministério Público Federal ou por qualquer cidadão.

5. Incapacidade civil absoluta

Em segundo lugar, vem a incapacidade civil absoluta. Bastante razoável o propósito da tradição de nossa história constitucional, tendo em vista que uma pessoa que não se encontre, por motivos físicos ou mentais, com o discernimento médio para o exercício pessoal dos atos da vida civil obviamente está incapacitada de decidir os destinos do todo.

Fora prevista, originariamente, pela Constituição de 1824 com a denominação de *incapacidade physica* (art. 8, I), passando, com mudança de nomenclatura, às pósteras de 1934 (art. 110, *a*), 1937 (art. 118, *a*), 1946 (art. 135, § 1º, I), 1967 (art. 144, I, *a*) e Emenda Constitucional 01/69 (art. 149, § 2º, *a*).

De nenhuma importância prática quanto aos menores de dezesseis anos, por se situarem fora da idade de votar, o relevo do inciso volta-se aos portadores de doença mental e aos surdos-mudos.

Quanto aos primeiros, impende salientar que o art. 5º, II, do Código Civil, ao utilizar a infeliz expressão *loucos de todo o gênero*, causadora de acerbas críticas doutrinárias, sofrera modificação com o Decreto nº 24.559, de 3-7-34. Com este diploma, o enfermo não é, por tal condição, reputado absolutamente incapaz. Atento ao seu art. 26, o magistrado, louvado na prova pericial, poderá considerá-lo como absoluta ou relativamente incapaz¹⁵.

A suspensão dos direitos políticos dependerá, exclusivamente, dos limites contidos na sentença de interdição. No Direito português, diversamente, estão proibidos de votar tanto os interditados por sentença com trânsito em julgado como os de demência notoriamente reconhecida, mesmo não julgados interditos por ato judicial, desde que internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos.

¹⁴ A referência a prazo de prescrição, demais de infeliz, por a hipótese, diferentemente do cancelamento de naturalização, ser de cunho declaratório, colide com a circunstância da nacionalidade integrar, pela vontade constitucional, o estado da pessoa humana.

¹⁵ A favor da revogação do art. 5º, II, do Código Civil, pelo Decreto nº 24.559/34, há a sempre valiosa opinião de Vicente Rao (*O Direito e a vida dos direitos*. 3. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Revista dos Tribunais, v. 2, p. 607).

Não possuindo educação suficiente para manifestar a sua vontade, o surdo-mudo se encontra inserido no art. 5º, III, do Código Civil como incapaz para os atos da vida civil, sendo passível de interdição. Apesar de rotulado como titular de incapacidade absoluta, não se pode perder de vista o art. 451 do mesmo diploma, ao mencionar que o juiz, segundo o desenvolvimento mental do interditando, assinará os limites da curatela. Isso implica dizer que a interdição poderá ser parcial e, caso não haja referência à impossibilidade de votar, descabe a privação dos seus direitos políticos.

Questão interessante é a de saber quando começa a incapacidade. Melhor dizendo: qual o momento em que ocorre a restrição imposta pela Constituição, o da prolação da sentença, ou o do surgimento do mal incapacitante? A primeira opção se nos afigura correta. É certo vir a jurisprudência, não obstante a consideração, a princípio, do caráter constitutivo negativo da decisão, conferindo a esta componente eficaz *ex tunc*, para reconhecer a nulidade de atos jurídicos praticados pelo interditando, desde que demonstrada a sua contemporaneidade com a enfermidade¹⁶. Porém, tal se justifica apenas quando estiver em jogo postura de disposição patrimonial, apresentando-se descabida no que concerne à capacidade eleitoral por importar na ampliação tácita das ressalvas desta, gizadas somente em casos expressos pela Constituição. Essa solução, informara Pontes de Miranda¹⁷, mereceu a preferência do saudoso Superior Tribunal de Justiça Eleitoral no Recurso Eleitoral 250, de junho de 1937.

Não se faz necessário o trânsito em julgado, incidindo a redação do art. 1.184, primeira parte, do CPC. A produção de efeitos imediatos se justifica pela possibilidade do demente, ou surdo-mudo, ainda apresentando-se titular de cidadania passiva, assumir cargo em virtude de eleição, causando sérios prejuízos à comunidade. Ademais, a Constituição falou em incapacidade, capaz de ocorrer com o distúrbio mental ou a surdo-mudez, não exigindo a mudança de estado pela interdição. Nesse particular, o extinto Tribunal Federal de Recursos, na AC 44.627-MG¹⁸, deliberou que a sentença de interdição,

¹⁶ STF. 2ª Turma. Ac. un. RE 82.311-BA. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. *Jurisp. e Doutr.*, n. 109, p. 76; STF. 1ª Turma. Ac. un. RE 81.198-MG. Relator: Ministro Antônio Néder. *RTJ*, n. 83, p. 425.

¹⁷ *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1 de 1969, p. 574.

¹⁸ 2ª Turma. Ac. un. Relator: Ministro Paulo Laitano Távora. *DJU*, p. 8.348, 22 nov. 1977.

defluente de processo no qual é preservado o contraditório, produz efeitos imediatos e *erga omnes*, inclusive perante a Administração Pública, a fim de acobertar a presunção *juris et de jure* de nulidade dos atos posteriormente levados a cabo pelo funcionário interdito.

A ausência, também catalogada como figura de incapacidade absoluta, não tem relevância para o direito eleitoral. A sua regulação pela legislação civil é restrita aos aspectos patrimoniais, não chegando sequer a refletir-se no plano familiar. Da mesma forma, não deve servir de empecilho a que o ausente vote ou seja votado. O fato de não mais se fazer presente no local onde antes se estabelecia em nada impede que venha a sufragar noutra circunscrição deste país de extensão continental.

A incapacidade gera a suspensão dos direitos políticos, a qual cessará com o levantamento da interdição.

6. Condenação criminal irrecorrível

A condenação por infração penal é sinal idôneo a expressar comportamento reprovável do cidadão, suficiente para torná-lo provisoriamente indigno da gestão dos negócios públicos. Calha à fiveteleta dito de José Alfredo de Oliveira Baracho:

A privação do direito de votar pode assentar-se no comportamento indigno e irresponsável. Ocorre o impedimento quando a pessoa é condenada por crimes ou certos delitos do direito comum. É excluído temporariamente do corpo eleitoral¹⁹.

A causa constou de todas as nossas Constituições. A de 1824 (art. 8, II) enunciava, a título de suspensão do exercício dos direitos políticos, a condenação à prisão, ou degredo. As Constituições de 1891 (art. 71, §1º, *b*), 1934 (110, *b*), 1937 (118, *b*), 1946 (art. 135, § 1º, II), 1967 (art. 144, I, *b*), e Emenda Constitucional 01/69 (art. 149, § 2º, *c*), sem exceção, falavam em condenação criminal enquanto durarem os seus efeitos. A atual foi expressa em incluir a expressão *transitada em julgado*, muito embora tal se depreendessem do princípio da presunção de inocência, integrante do sistema de direitos individuais implícitos, inaugurado, entre nós, pelo art. 150, § 35, da Lei Maior de 1967.

Tormentosa contenda tem que ver com a pertinência da medida às condenações acompanhadas de *sursis*, tendo assomado ao proscênio lar-

go debate jurisprudencial. Alterando posição que mantinha antes da Emenda Constitucional 01/69, responsável pela referência, no art. 149, § 3º, da necessidade de lei complementar como necessária para dispor sobre a especificação, o gozo, o exercício, a perda ou suspensão de todos e de parte dos direitos políticos, o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido da impossibilidade da condenação, na qual o condenado fora beneficiado com a suspensão condicional da pena, importar o desprestígio da condição de cidadão, por o dispositivo que previria tal sanção não ser auto-aplicável²⁰.

Ao depois da promulgação da Constituição de 1988, novamente a indagação passou a render controvérsias. Às voltas com o problema, o Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso nº 11.562-SP²¹, entendeu, a despeito da diversidade de fundamentos de seus membros, pelo afastamento da restrição nas condenações criminais em que o *sursis* está presente. De início, o relator originário, Ministro Carlos Velloso, acatando parecer ministerial, lançado em compasso com a decisão vergastada, advinda do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, destacou a aplicação plena e automática do art. 15, III, da CF. Divergindo, o Ministro Marco Aurélio assentou que, estando-se em jogo direito inerente à cidadania, não se concebia emprestar ao dispositivo constitucional analisado alcance elástico, mas sim restrito. Por isso, somente enxergava razoável acarretar o julgamento criminal a suspensão dos direitos políticos quando, em consequência, importasse na custódia do condenado. Traçando paralelo com a CLT, advogara que aqui dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento que influenciara o legislador celetário a plasmar a justa causa do seu art. 482, *d*. Tornado maioria a discordância, manifestaram a esta adesão os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Sepúlveda Pertence e Diniz de Andrada.

²⁰ Conferir as decisões publicadas na *RTJ*, n. 61, p. 581 e n. 82, p. 647.

²¹ *Mv. DJU*, 10 fev. 1995. Eis a ementa do julgado: “direitos políticos — suspensão — condenação criminal — *sursis* — afastamento da restrição — fundamentos diversos. Tem-se como descabida a incidência do preceito extravagante do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal, quando a maioria assim é formada, embora com dispersão de fundamentos a saber: uma corrente no sentido de somente reconhecer a suspensão quando os efeitos da sentença criminal alcançam a custódia do condenado; outra afastando-a diante da suspensão condicional da pena e a terceira tendo-a por imprópria por não reconhecer no preceito aplicação imediata”.

¹⁹ BARACHO, *op. cit.*

Noutra assentada, reproduziu o Tribunal Superior Eleitoral, já agora sem discrepâncias, o mesmo ponto de vista no Agravo de Instrumento nº 12.537-PR²², movendo-se tanto em face da antinomia entre a suspensão condicional da pena e o art. 15, III, da Lei Máxima, quanto por este não prescindir de regulamentação.

Submetido o assunto ao Supremo Tribunal Federal no RE nº 179502-SP, foi proferida a seguinte deliberação:

“Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido”²³.

Preponderaram os argumentos do voto do digno relator, espandendo, de uma só vez, as dúvidas existentes em torno da incidência do art. 15, III, da CF, frente às sentenças penais que contêm suspensão condicional. Frisara S. Ex^a, que os votos que conduziram à maioria do dispositivo contido no aresto impugnado resultaram da manifestação de teses díspares, engendradas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. O primeiro pôs-se a sustentar a necessidade de combinação entre o art. 15, III, e o art. 55, IV e VI, e §§ 2º e 3º, da Lei Magna, para, ao depois de conciliá-los sistematicamente, concluir pelo caráter *non-self-executing* daquele.

Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, a circunstância do art. 55, ao disciplinar as causas de perda do mandato parlamentar, inseridas entre estas a perda dos direitos políticos (inciso IV) e a condenação criminal com trânsito em julgado (inciso VI), remetendo a sua efetivação mediante a declaração da Mesa da Casa respectiva, ou da maioria absoluta da Câmara ou do Senado, desnaturaria a natureza de aplicabilidade plena do art. 15, III, tornando indispensável admitir que a lei federal prevista no art. 22, XIII, venha a

²² Relator: Ministro Torquato Jardim. *DJU*, 8 set. 1995. A exemplo do mencionado no Recurso 11.562-SP, foram elencados vários precedentes da Corte.

²³ Pleno, mv. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJU*, 8 set. 1995.

“prever hipóteses conforme a natureza e a gravidade da infração penal e da pena aplicada, em que a condenação criminal não acarretará a suspensão de direitos, nem conseqüentemente a perda automática do mandato eletivo, que acaso detenha o condenado”²⁴.

Em contradita, o relator afirmara que o problema posto emanava de aparente conflito de normas propiciado pela generalidade do art. 15, III, frente à especialidade do art. 55, IV e VI, §§ 2º e 3º. Sendo assim, louvado na ensinância de Norberto Bobbio, ministrado em sua Teoria Geral do Ordenamento Jurídico, propôs, ante a existência de antinomia total-parcial, a adoção do critério da especialidade, em face do qual a norma especial circunscreve, nos limites de seu âmbito, a abrangência da lei geral. Portanto, não há que se duvidar da auto-aplicabilidade do art. 15, III, cuja imperatividade é afastada tão-somente nos casos do art. 55, IV e VI, de alcance restrito a parlamentares.

Doutro lado, afastou-se a escusa suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, voltada à compreensão de que, por imperativo lógico, a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal somente deveria ocorrer quando houvesse o efetivo cumprimento da pena, com a clausura do condenado, tornando-se sem sentido na hipótese de *sursis*.

Embasara-se o relator no fato de que, já agora influenciado pelas lições de Pontes de Miranda (*Loc. cit.*, p. 575-6) e de Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*, 2. ed. v. 3, p. 161-162), a *ratio essendi* da sanção política não se centrava na privação da liberdade, como acontecia na Constituição Imperial, ao referir-se à condenação, à prisão ou ao degredo²⁵. Diferentemente, moveu-se o Constituinte de 1988 por razões de ordem ética, tornando o condenado indigno, pelo tempo em que expiar a pena, do *jus suffragii*.

Aduzira, igualmente, ser essa, conforme se nota de referências contidas no julgado publicado na RTJ 61/581, a orientação tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Tribunal Superior Eleitoral²⁶ antes do advento da Emenda

²⁴ Voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence (STF. Pleno. RE 179.502-SP. mv. Relator: Ministro Moreira Alves. Julg. em 31 de maio de 1995).

²⁵ Aliás, a Constituição de 1824 também previu a impossibilidade de votar, nas eleições primárias, dos religiosos que vissem em comunidade claustral.

²⁶ RE 18.861. *DJU*, p. 297-8, 2 fev. 1953. TSE. *Boletim Eleitoral*, p. 7, maio 1952; *Boletim Eleitoral*, p. 487, ago. 1952. Demais dos precedentes ali cita-

Constitucional 01/69, que exigira, no art. 149, § 3º, do Texto Magno, lei complementar à espécie.

O entendimento firmado no RE nº 179502-SP merecera ratificação pela Corte Excelsa no Ag. Reg. no Recurso em Mandado de Segurança nº 22470-SP:

“SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS - CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA DE SEUS EFEITOS - AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO. A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de auto-aplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça eleitoral que declarara, aplicável, nos casos de condenação penal irrecorável – e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis* –, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE nº 179.502-SP (Pleno), Relator: Ministro Moreira Alves. Doutrina”²⁷.

Manifestando opinião sobre a matéria, tenho por correto falar na aplicação imediata do art. 15, III, da CF, por este dispensar, ao contrário do art. 149, § 3º, da Constituição pretérita, a *interpositio legislatoris*. Igualmente, por não se encontrar indissolúvelmente vinculado ao art. 22, XIII, que se cinge a outorgar competência à União para suplementar a obra do Constituinte nas omissões concernentes à cidadania e nacionalidade, do que não se ressente a hipótese, visto portar compleição de conteúdo.

A despeito disso, guardo reservas em parte à orientação da Corte Suprema, principalmente por sensibilizar-me, à luz de norte exegético indicado pela universidade do sufrágio, o raciocínio tecido pelo Ministro Marco Aurélio, voltado à direção de que, embora auto-aplicável, o art. 15, III, da Lei Maior deve ter seu raio de ação contido em função da gravidade da transgressão à paz social, provocada pelo condenado.

Somente discordo de S. Ex^a. num ponto: a suspensão condicional não deve constituir discrimen para se aferir a menor reprovação do comportamento do eleitor frente à comunidade,

dos, conferir: REsp 1.245-MG. Relator: Ministro Frederico Sussekind. *Boletim Eleitoral*, n. 43, p. 305; Resp 2.651-SP. mv. Relator: designado Ministro Antônio Vieira Braga. *Boletim Eleitoral*, n. 96, p. 758.

²⁷ 1ª Turma. Ac. un. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJU*, 27 set. 1996.

afastando a mácula ética que o tornaria indigno de eleger os seus governantes, ou de representar os seus concidadãos. Isso por uma razão: vários delitos, entre os quais os perpetrados contra a fé pública e a administração pública (arts. 289 a 359), pela cominação de pena mínima inferior a dois anos, são suscetíveis de *sursis*, sem embargo de, doutro lado, quebrantarem de tal modo a confiança da sociedade em seus agentes, de modo a revesti-los da condição de indignidade incompatível com a participação no governo, quer direta ou indiretamente. À guisa de exemplo, ter-se-ia que alguém que fabricasse, para terceiros, aparelho destinado à falsificação de moeda (art. 291), ou cometesse as ações tipificadas como falsidade de documento público (art. 297), falsidade ideológica (art. 299), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315), concussão (316), corrupção passiva (art. 317) etc., poderia, vindo a beneficiar-se com a suspensão da pena, votar e ser votado, podendo, em tese, assumir cargos no Executivo e no Parlamento.

Alvitro, portanto, que, demais da natureza de aplicabilidade plena de que é portador, o art. 15, III, da Lei Fundamental deve ter o seu alcance reduzido, excluindo-se do seu âmbito os crimes praticados com culpa *stricto sensu*, uma vez que a postura do seu autor não se reveste de ultraje inconciliável com a condução da boa gerência da coisa pública, por ausente o expressivo escopo de delinquir.

O postulado da universalidade do sufrágio, como visto, constitui diretriz impostergável a conduzir o exegeta na interpretação das causas de sua privação, a recomendar, quando do cotejo da *fattispecie* constitucional com os institutos complementares da legislação ordinária, a abolição de inteligências que descurem da regra da proporcionalidade. Imperioso, destarte, afastarem-se os despojamentos desnecessários e desarrazoados.

A província da medida extrema deverá, então, adstringir-se aos crimes dolosos, em cuja perpetração permeia a intenção do autor em querer o resultado (dolo direto) ou de assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual). Somente nessas hipóteses emerge o padrão de reprochável apto a justificar fique alguém afastado da condução dos negócios políticos.

Também de ser afastada a sanção quando se estiver diante de contravenções, ou de crimes em que, apesar de dolosos, a pena máxima cominada não superar um ano, porquanto o art. 61 da Lei nº 9.099, de 26-9-95, seguindo recomendação constitucional (art. 98, I, CF), repu-

tou-os como infrações penais de menor potencial ofensivo. Isso implica corretamente afastar da perda da capacidade política a condenação a penas restritivas de direitos (arts. 43 e 44, CP) e multa substitutiva (art. 60, § 2º, CP).

Nessas situações, a condenação não induzirá a suspensão dos direitos políticos, ainda que acompanhada da suspensão condicional da pena, não em razão desta, mas pelo pequeno grau de reprovabilidade do eleitor.

A concessão, ao depois da aceitação do acusado de proposta do Ministério Público, da suspensão do processo, prevista na citada Lei nº 9.099/95 (art. 89), em nada poderá afetar os direitos da cidadania pelo simples fato de ocorrer antes do proferimento de sentença condenatória.

A suspensão de direitos políticos, na forma do art. 15, III, da Norma Ápice, não se confunde com o efeito específico da condenação, referido pelo art. 92, I, letras *a e b*, do Código Penal. Em primeiro lugar, por aquela não depender de menção específica e motivada no corpo da decisão, ao contrário do que, quanto ao último, dispõe parágrafo único do art. 92 do Estatuto Repressivo. Para a sanção constitucional basta a decisão condenatória, sendo despidendo se o juiz declare ou não a suspensão dos direitos políticos. Doutro lado, o instituto infraconstitucional possui campo de incidência menor, conforme os crimes e penas aplicadas a que se refere. Em terceiro lugar, enquanto a norma magna reporta-se às cidadanias ativa (direito de votar) e passiva (direito de ser votado), com a consequente perda do mandato eletivo, a legislação penal produz apenas a perda do cargo ou função pública, ou do mandato eletivo, com a observação, quanto a esse, da formalidade exigida pelo art. 55, § 2º, da Constituição.

A concreção do art. 15, III, depende unicamente do édito judicial condenatório. Mister, no entanto, o seu trânsito em julgado. Excepcionalmente o Supremo Tribunal Federal, vislumbrando o caráter eminentemente procrastinatório de embargos de declaração, interpostos reiterada e injustificadamente, subsumiu como inadequado o comportamento processual do condenado e permitiu, de conseguinte, a imediata execução do aresto hostilizado, tanto no que concerne à privação da liberdade de locomoção quanto à supressão temporária dos direitos políticos, inclusive com a perda do mandato eletivo por aquele titularizado²⁸.

²⁸ 1ª Turma. AGAEDS 177313 - MG. Ac. un. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJU*, p. 44.488, 14 nov. 1996.

Nenhuma dúvida resta a saber, na hipótese de o condenado criminalmente exercer mandato legislativo federal, estadual ou municipal, no que concerne à competência do órgão parlamentar para a decretação da perda do mandato, logo após receber do Judiciário a devida comunicação. A esse respeito é expresso o art. 55, § 2º, da CF, cuja extensão aos Estados e Municípios é determinada pelos seus arts. 27, § 1º, e 29, IX.

Impende indagar, por sua vez, se tal atribuição do Legislativo também permanece no tocante à perda do mandato de exercente de cargo no Executivo, ou se a decisão da Justiça, ao suspender os direitos políticos do condenado, seria suficiente, só por só, para implicar o efeito mencionado. A incerteza ganhou maior densidade após a decisão unânime do Tribunal Superior Eleitoral no Resp 15.108 - GO²⁹. Nessa oportunidade, discutia-se acerca da legitimidade da acolhida, pelo Tribunal Regional de Goiás, de recurso contra a diplomação interposto pelo fato de o diplomado haver sofrido condenação criminal, pelo prazo de quatro anos de reclusão, em face do cometimento do delito de homicídio. O relator, Ministro Maurício Corrêa, levando em consideração cediça jurisprudência, ora indicada pelo recorrente, ora referida no seu voto, acolheu a diretriz de que a inelegibilidade superveniente somente tem sua suscitação admissível quando verificada ao depois do registro e antes da diplomação³⁰. Dessa maneira, como a condenação somente transitara em julgado posteriormente ao recurso, este não poderia restar provido, haja vista não ser possível falar-se em vício da diplomação quando à época desta aquele ainda não existia. Em vista disso, o dispositivo do acórdão, conforme moldado pela relatoria, foi pelo conhecimento e provimento da irrisignação, com a finalidade de reformar a decisão *a quo*. Ao final de seu voto, S. Ex^a. teceu fundamentação, consoante a qual, forte na singularidade do trânsito em julgado da sentença após a diplomação e a posse, faleceria ao Poder Judiciário a competência para a cassação do mandato, a teor do disposto no art. 55, § 2º, da CF, cuja eficácia deveria operar em razão de simetria a ser preservada, de boa ordem, no âmbito dos entes federados. Por isso, tocaria à Câmara Municipal decidir da perda do mandato de Prefeito do recorrente.

²⁹ *DJU*, p. 64.002, 5 dez. 1997.

³⁰ RESP 8.550-SP. Relator Ministro Miguel Ferrante. *DJU*, 20 fev. 1990; Recurso 4.124. Relator: Ministro Barros Barreto. *Boletim eleitoral*, 284-01/126; Recurso 11.539. Relator: Ministro Carlos Máriello. *DJU*, 7 out. 1994.

Algumas ponderações comporta esse entendimento. Apesar de o conhecimento e provimento do recurso, a fim de manter-se a diplomação pelo não-reconhecimento de inelegibilidade posterior, haver resultado do consenso dos membros do Tribunal Superior Eleitoral, no particular do segundo fundamento invocado, surgiram discordâncias. A primeira delas foi a do Ministro Eduardo Alckmin, que, a despeito de acompanhar o voto do relator, absteve-se de adentrar no exame da competência da Câmara Municipal para a decretação da perda de mandato. Depois, veio a lume a do Ministro Ilmar Galvão, ao asseverar a não-existência de norma, seja constitucional, ou legal, a atribuir ao Legislativo o poder de decidir a perda de mandato do Poder Executivo, a exemplo do que ocorre com os demais membros do Parlamento. Esse ponto de vista – acentue-se – está em sintonia com o voto-condutor do Ministro Moreira Alves no já citado RE 179502-6-SP, ao proclamar que a norma do art. 55, § 2º, da Lei Maior é específica frente ao comando genérico do art. 15, III, do mesmo diploma, somente regulando a perda de mandato de parlamentares em razão de condenação criminal.

Noutro passo, a lição doutrinária de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. Malheiros, p. 516), invocada pelo Ministro Maurício Corrêa, com a merecida vênua, não se presta para a explicação do problema. Transcorria o ilustre professor sobre o poder-dever de aplicar a sanção do art. 83 da CF, ao vedar o Presidente e o Vice-Presidente da República de se ausentarem do país por mais de quinze dias, sem licença do Congresso Nacional, pena de perda do cargo. Entendia, ante a omissão da Constituição, que, por tratar-se de questão política, a verificação do cumprimento da regra seria apanágio natural do Parlamento, porque este é o órgão competente para a autorização exigida.

Cuida-se de situação absolutamente diferente a do art. 15, III, representativa de consequência automática de julgamento do Poder Judiciário, sem necessidade, salvo a especificidade do art. 55, § 2º, de ulterior pronunciamento do Legislativo. Por aquela atingir também a cidadania passiva, infere-se logo que contamina irremediavelmente o mandato desempenhado pelo condenado. Essa tendência se reflete na deliberação tomada no referido AGAEDS 177313-MG, tendo o digno relator, Ministro Celso de Mello, em mais de uma passagem de seu lúcido voto, ofertado maior relevo ao automatismo da deci-

ção final condenatória, requerendo unicamente a comunicação formal ao Poder Legislativo de que o titular do Poder Executivo não mais se acha constitucionalmente habilitado, durante o intervalo de tempo de produção dos efeitos da sentença, a exercer os seus direitos políticos e, de conseguinte, a cumprir o seu mandato (1908-1909 e 1911).

Não há que se falar em simetria (conceito a pressupor similitude de situações fáticas), a ser adotada pelos entes federados, Estados e Municípios, na medida em que a norma do art. 55, § 2º, tem sua província eficaz contida nos limites legislativos, não se espraiando ao território do Poder Executivo.

7. Escusa de consciência

Considera o art. 15, IV, da CF como capaz de propiciar a privação dos direitos políticos a recusa de cumprir obrigação imposta a todos ou prestação alternativa, tendo sido inicialmente prevista no art. 111, *b*, da Constituição de 1934, mantendo-se nas de 1937 (art. 119, *b*), 1946 (art. 135, § 2º, II), 1967 (art. 144, II, *b*) e Emenda Constitucional 01/69 (art. 149, *b*).

Não obstante a Lei Mor garantir a livre manifestação de crença religiosa, ou de convicções filosóficas ou políticas (art. 5º, VIII), adiciona-lhe uma exceção ao afirmar que tal liberdade não poderá ser invocada para que alguém venha a se exonerar de obrigação a todos imposta e o argüente, uma vez obrigado a cumprir obrigação alternativa, venha novamente a manifestar sua recusa.

Exemplo disso está no serviço militar obrigatório, onde o art. 143, § 1º, da Lei Básica afirma competir às Forças Armadas, nos termos da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, exprimirem a impossibilidade de prestar atividades essencialmente castrenses por imperativo de consciência, decorrente de religião ou de convicção filosófica ou política.

Faz-se necessário, de início, a existência de obrigação a todos imposta, por lei, em benefício da sociedade, como é o caso do serviço militar. Ao depois, a privação definitiva dos direitos políticos penderá não somente da negativa em cumpri-la, sendo imprescindível que, em instante prévio, exija-se, de acordo com lei própria, o cumprimento de prestação alternativa, supridora do encargo geral. Somente com a nova rejeição, relativa à obrigação substitutiva, é que poder-se-á falar na instauração de procedimento para a suspensão da capacidade política.

Outrora dispositivo constitucional *non-self-executing*, a Lei nº 8.239, de 4-10-91, regulamentada pela Portaria 2.681 – Cosemi, de 28-7-92, estabeleceu, em atenção ao art. 142, § 1º, a imposição de prestação alternativa ao serviço militar obrigatório.

Considera-se serviço alternativo o desempenho de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico, ou mesmo produtivo, no lugar das atividades tipicamente militares. Deverá ser prestado em organizações militares, órgãos de formação de reservas das Forças Armadas, ou, desde que haja convênios, em órgãos subordinados aos Ministérios Civis.

Transcorridos dois anos do período em que deveria findar o serviço alternativo, a recusa em prestá-lo implicará a suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que os readquirirá quando, a qualquer tempo, regularizar a sua situação.

Dúvida poderá persistir quanto à autoridade competente para a decretação da perda do *ius suffragii*. Ao instante da Constituição revogada, consistia função do Presidente da República. Atualmente, em face da omissão do Constituinte, e também da Lei nº 8.239/91, melhor apropriado conferir-se tal atributo ao Poder Judiciário, terceiro imparcial, apto para dirimir a questão ante os casos concretos, com a observância do devido processo. O conhecimento da ação, a ser proposta pela União, em virtude da titularidade da condução administrativa do serviço eleitoral, pertence à Justiça Federal (art. 109, I).

8. Improbidade administrativa

À derradeira, aponta a Constituição a improbidade administrativa como causa a afastar o indivíduo da cidadania. Ocupa-se de privação temporária (suspensão), nos termos de ditamento expresso do seu art. 37, § 4º, tomando aqui como complemento. Constitui novidade, não contida nas Leis Fundamentais anteriores.

Aurélio Buarque de Holanda, no verbete alusivo à improbidade, atribui-lhe o significado de: “1. Falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. maldade, perversidade”. Sinalizando a acepção jurídica do vocábulo, adornado pelo adjetivo administrativa, Flávio Sátiro Fernandes, ao depois de elevá-lo a gênero, no qual se insere a moralidade, enuncia:

“A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam em enriquecimento ilícito do agente ou em pre-

juízo do erário ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a pública administração. Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa”³¹.

O preceito, antes dependendo de norma integradora³², passou a operar sua força cogente com a Lei nº 8.429, de 2-6-92. Ao depois de definir o imenso universo das pessoas cujas atividades as tornam suscetíveis da medida (arts. 1º a 3º), consagra três modalidades por meio das quais a improbidade pode manifestar-se, elencando, para cada uma delas, copioso rosário de condutas. São elas: os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII), causem prejuízo ao erário (art. 10, I a XIII), ou atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11, I a VII).

A materialização das sanções decorrentes do atuar ímprobo decorre de ação proposta pelo Ministério Público, ou pela pessoa jurídica interessada, a tramitar mediante a adoção do rito ordinário. Àquela poderá preceder procedimento administrativo de cunho informativo, a ser instaurado a partir de representação a cargo de qualquer pessoa, e medida judicial de seqüestro de bens, na hipótese de enriquecimento ilícito ou de danos ao patrimônio público.

Conforme a categoria em que se encontra inserido o acusado de ato de improbidade, variará o tempo de suspensão dos direitos políticos. Destarte, na hipótese de enriquecimento ilícito, será de oito a dez anos, na de dano ao erário, de cinco a oito anos, e, por último, quando versar atentado a princípios da administração, de três a cinco anos. Na fixação desse interregno, o magistrado sopesará, entre outras circunstâncias, a extensão do dano causado, bem como o proveito obtido pelo agente.

9. O conscrito

Embora não expressamente contida no rol do art. 15, pode-se, da análise sistemática do Capítulo IV do Título II da CF, extrair a conscrição como fator hábil para, igualmente, proporcionar uma restrição, de natureza temporária, à cidadania.

O art. 14, § 2º, da Lei Máxima veda, às expressas, a cidadania ativa do conscrito, enquan-

³¹ *Improbidade administrativa*, p. 4.

³² TSE. RO 12056-SC. Ac. un. Relator: Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. *RJTSE*, v. 6, n. 4, p. 163.

to recrutado para prestar serviço militar obrigatório. O dispositivo representa progresso, porquanto o regime passado, na forma prescrita pela Emenda Constitucional 01/69 (art. 147, § 2º), somente permitia o alistamento eleitoral dos militares contanto que integrantes do oficialato, aspirantes a oficial, guardas-marinhas, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas de formação de oficiais. Atualmente, os praças têm garantida a sua capacidade política, o que não ocorria no passado.

A vinculação ao serviço militar obrigatório implica também a ausência temporária do direito de ser votado, a requerer a plenitude do exercício dos direitos políticos (art. 14, § 3º, CF).

Sem embargo de a Constituição vedar o próprio alistamento, a jurisprudência, corroborando a validade do art. 6º, II, c, do Código Eleitoral, vem, na prática, aceitando a possibilidade de continuidade da inscrição do eleitor que, posteriormente, venha a se incorporar ao serviço militar obrigatório, a qual permanece suspensa enquanto durar tal condição³³.

10. Palavras finais

Tecidas as considerações retro, penso haver procedido ao estudo anatômico dos motivos capazes de respaldar a supressão do valioso direito de participar da administração da coisa pública, ora escolhendo os governantes, ora podendo-se apresentar como alternativa à condução da coletividade. Serviu de prestimoso condutor para nosso trabalho, vocacionado à abordagem das peculiaridades que cercam as razões enunciadas pelo art. 15 da Constituição, a premissa, inafastável da democracia hodierna, da universalidade do sufrágio. Este representa a medida, melhor dizendo, o toque de proporcionalidade, imprescindível para conter as ações estatais destinadas a cercear a capacidade eleitoral do cidadão, que não poderão fundar-se em motivação desnecessária e injustificável, ficando salvaguardada a plenitude da vontade da-

queles em influenciar na obtenção, pelos seus pares, da titularidade do exercício do poder político.

Bibliografia

- CÂMARA, Adauto da. *História de Nísia Floresta*. 2. ed. Natal : Departamento Estadual de Imprensa, 1997. 162 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1992. 1214p.
- COLE, Charles D. O devido processo legal na cultura jurídica dos Estados Unidos : passado, presente e futuro. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, São Paulo, v. 16, n. 56, p. 33-43, ago./set. 1997.
- CORRÊA, Oscar Dias. Nacionalidade e direitos políticos. In: A CONSTITUIÇÃO brasileira de 1988 : interpretações. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988. p. 48-61.
- CUOCOLO, Fausto. *Principi di Diritto Costituzionale*. Milão : Giuffrè, 1996. 802 p.
- D'ATENA, Antonio. Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra : Coimbra Ed. 1996. p. 437-456.
- FAYT, Carlos S. *Derecho político*. Buenos Aires : Depalma, 1988. 393 p.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga : estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo : Hemus, 1975. 312 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coord.). *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 41-62.
- MIRANDA, Jorge (Org.). *Constituições de diversos países*. Lisboa : Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1979. 2 v.

³³ Processo 9.881-SP. Ac. un. Relator: Ministro Sydney Sanches. *DJU*, 25 jul.1989; Consulta 9.923-SE. Ac. un. Relator: Ministro Vilas Boas. *DJU*, 13 set. 1989.

Da legalidade da antecipação de tutela contra o Poder Público

Controle efetivo dos atos administrativos

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

“A Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

RUI BARBOSA

Todas as pessoas são passíveis de erros e injustiças, sendo efêmera a perfeição. Como os órgãos públicos são geridos por seres humanos investidos de poderes para atingir determinada finalidade pública, torna-se imperioso um controle¹ efetivo e eficaz da conduta funcional do administrador público.

Esse controle pode ser feito no âmbito interno dos órgãos, ou externamente, pelo Poder Judiciário².

De acordo com o inc. V do art. 6º do Decreto-Lei 200, de 27-2-67, o controle constitui um dos princípios fundamentais da Administração Federal.

Esse procedimento é uma garantia de que a intervenção interna ou externa possibilita que a relação entre Administração e administrado seja regulada pelas normas vigentes nos ordenamentos jurídicos aplicáveis a cada caso concreto,

¹ Em perfeita definição, Hely Lopes Meirelles deixou consignado que o vocábulo controle, “em tema da administração pública é o que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. (*Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. 1989. Revista dos Tribunais, p. 562)

² “O controle jurisdicional dá oportunidade à análise contraditória, não só dos atos e fatos administrativos, mas também à das suas origens. Pode remontar do exame do ato material ou do ato administrativo ao da lei que o autoriza, indo até a Constituição, para verificar se o legislador ordinário se conteve nos limites constitucionais”. (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos*. 4. ed. 1967. Forense, p. 111, nota n. 2 do rodapé).

possibilitando, dessa forma, a realização do direito como a imperante no convívio do ente público com o seu subordinado.

A aplicação do direito no exercício da função jurisdicional de controle dos Poderes Públicos encontra respaldo no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal³.

Esse salutar princípio somente tomou assento na Constituição Federal após a promulgação da Carta de 18 de setembro de 1946, figurando-o no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A única diferença dos textos de 1946 e de 1967/69 para o atual é que nos anteriores constava expressamente que a lesão não poderia atingir direito individual, deixando de conter a ameaça à lesão, que, para muitos, era tida como expectativa e não consumação de lesão.

Com a inovação surgida em 1988, não é necessário que exista a lesão, basta apenas se vislumbrar a ameaça para que o Poder Judiciário esteja autorizado a apreciar a contenda colocada sob sua jurisdição⁴.

Assim, o princípio regente é o da inafastabilidade do controle jurisdicional do ato ilegal, ou eivado de abuso de poder⁵, ou até mesmo da ameaça de lesão a direito⁶:

“A lesão a direito pode, se for o caso, ser reclamada na via administrativa e, negada, pode ser suscitada a ocorrência dos dois tipos de lesões ao instrumento que mais se erra, em cada caso. Nestas condições, o Estado de direito coloca em mãos do administrado uma série de todo aquele representante estatal que, no exercício de suas funções, ultrapasse os limites assinalados pelo direito positivo”.

Todavia, é necessário frisar que o entendimento do Professor Cretella Júnior deve sofrer pequeno reparo, em virtude do requerimento administrativo ser uma faculdade e não uma condicionante, não sendo necessária a sua solução como condição *sine qua non* para se ingressar judicialmente. A lei não obriga o particular ou o servidor a aguardar desfechos de requerimen-

³ “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴ Ver a respeito monografia da Prof. Odete Medaur, *O controle da Administração Pública*. São Paulo, 1993. Revista dos Tribunais, p. 50 e segs.

⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária, 1992. v.1, p. 437.

⁶ *Ibid.*

tos administrativos, bastando sofrer lesão ou ameaça de tal para estar habilitado a percorrer o caminho judicial em busca da solução da sua súplica. Essa é a tônica existente.

A prática tem demonstrado que a postulação via administrativa é uma tentativa quase inútil, regrada por burocracias intermináveis, onde o servidor administrado sofre verdadeira *via crucis*. Além do fato de ser lenta a tramitação interna, ela está quase sempre alicerçada com o indeferimento do pleito independentemente dos fatos ou do direito material invocado. Em casos raros, o administrador, ao se sensibilizar com o pleito, retifica o ato contrário às normas legais. Contudo, a execução do *judgado* é complicada, pois não existe força coativa, ou seja, o servidor que tem determinado direito deferido administrativamente quase sempre sofre com a falta de recurso capaz de suportar as parcelas retroativas inerentes ao débito reconhecido, recebendo, na maioria das vezes, apenas o principal, sem nenhum tipo de correção, esperando *ad eternum* a tão sonhada correção monetária. Essa hipótese é tão freqüente que abarrotava o Judiciário de ações judiciais visando apenas a correção monetária do valor principal recebido administrativamente.

Visando disciplinar a matéria no âmbito interno, a Advocacia-Geral da União baixou o Parecer GA 111⁷, de 5 de junho de 1996, que ficou assim ementado:

“Mesmo na inexistência de expressa previsão legal, é devida correção monetária de parcelas remuneratórias devidas aos servidores, pagas com atraso pela Administração. O pagamento tardio e sem atualização é pagamento incompleto e representa enriquecimento ilícito do devedor relapso. Correção monetária não constitui um *plus* a exigir expressa previsão legal. É, apenas, recomposição do crédito corroído pela inflação. O dever de pagar tudo o que se deve inclui o dever de pagar o valor atualizado. Se a letra fria da lei não cobre tudo o que no seu espírito contém, a interpretação integrativa se impõe como medida de Justiça. Os princípios superiores do Direito brasileiro assim o determinam. A jurisprudência unânime dos Tribunais reconhece, nesses casos, o direito à atualização do valor reclamado. O Poder Judiciário não cria, mas tão-somente aplica o direito vigente. Se

⁷ Processo nº 00400.00047474/96-37.

tem reconhecido esse direito é porque ele existe...”

Esses fatos levam sempre o servidor a se socorrer do manto protetor do Poder Judiciário em face da inoperância dos órgãos julgadores administrativos, que, mesmo decidindo determinado direito material, não cumprem a decisão com reparação integral para o lesado.

O poder-dever que reina na atividade pública envolve a vinculação da Administração pautar seus atos para obter a consecução do fim em prol do que lhe é dada uma competência⁸. Quando ocorrem desvios ou inobservância aos preceitos jurídicos que deveriam nortear a *quaestio*, ou até mesmo quando uma decisão administrativa não respeita a razoabilidade, em nome da segurança e da liberdade (contidas no preâmbulo da Constituição Federal), o Poder Judiciário estará apto a garantir a inviolabilidade dos direitos e garantias acima elencados⁹, que se constituem direitos fundamentais. Quanto a esse ponto, é de se abrir, mais uma vez, parênteses para registrar a sempre autorizada visão de J. Cretella Júnior¹⁰:

“Além do exercício da liberdade, o Estado de Direito Brasileiro assegura, constitucionalmente, ao indivíduo condições de liberdade. De que adiantaria a liberdade, sem possibilidades reais e tranquilas de exercê-la?”

Como a segurança jurídica e a liberdade estão elencadas nos mandamentos do Estado Democrático de Direito¹¹, a proteção dos cidadãos

⁸ FERREIRA, Sergio d'Andréa. *O controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Renovar, 1997. p. 377. “O exercício do Poder traduz-se no desenvolvimento de uma função, que consiste na relação, no vínculo entre o poder exercido e um fim, correspondente ao atendimento de um interesse, de uma necessidade, de um valor, de um bem da vida, a ter sua consecução obrigatoriamente obtida”.

⁹ O *caput* do art. 5º da CF garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança...”. A segurança também vem contida como direito subjetivo social no art. 6º da CF.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 97.

¹¹ “Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se consideram como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; o princípio da confiança do cidadão (...) Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos

está garantida com a apreciação de lesão ou ameaça, pelo Poder Judiciário, resgatando a confiança de todos perante as normas e textos jurídicos, colocados não para punir, e sim para disciplinar o convívio humano.

Dessa forma, o Poder Judiciário exerce função de grande relevância na efetivação da segurança jurídica dos administrados¹², sendo ressaltado por Miguel Seabra Fagundes, em 1967, que:

“A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública (...). No Estado brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é, insignificante. Praticamente, no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas”.

Contudo, um dos problemas crônicos do princípio de controle no judicial dos atos administrativos é a morosidade, que, segundo o Desembargador Carreira Alvim¹³, faz parte de “uma ordem conjuntural e estrutural, sem qualquer perspectiva de solução a curto ou médio prazo, nem no âmbito federal nem no estadual”. Agrade-se a esse fato o tratamento privilegiado dispensado ao Estado, que, pela regalia do artigo 188 do Código de Processo Civil, possui o prazo em quádruplo para contestar (60 dias) e em dobro para recorrer (30 dias), o que acarreta mais um sério fator para o retardamento da prestação jurisdicional.

seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”. (CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1992. p. 375 e 377-78).

¹² Em artigo ao *Jornal O Dia*, do dia 8.3.98, p. 6, o Juiz Federal do Rio de Janeiro, da 18ª Vara, Dr. Ricardo de Siqueira Regueira, denomina o Estado da seguinte forma: “O Estado sempre foi caloteiro”. Daí a necessidade incontestada da fiscalização pelo Judiciário.

¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Medidas limitares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica*. Separata da Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 160, p. 87, set/out. 1997.

Além disso, nos recursos colocados à disposição do Estado sucumbente, apesar de a regra do *due process of law* possibilitar o esgotamento do direito de defesa¹⁴, em quase todos os casos em que a Fazenda e suas Autarquias são demandadas mesmo existindo pacificação jurisprudencial da contenda contrária aos interesses públicos, constata-se o manifesto propósito protelatório, eternizando-se a fase de execução do julgado, mesmo que tal comportamento tenha origem na atuação do Estado¹⁵. Em abono ao que acabamos de dizer, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ registrou o esforço do Estado em retardar o bom andamento da Justiça, enquadrando-o como litigante de má-fé:

“Agem como litigante de má-fé a parte que opõe embargos de declaração, trazendo como padrão jurisprudência superada há mais de dois anos. O Estado deveria acatar, prontamente, a jurisprudência do STJ. O abuso do direito ao recurso, contribuindo para inviabilizar, pelo excesso de trabalho, o Superior Tribunal de Justiça, presta um deserviço ao ideal de Justiça rápida e segura”.

Visando uma maior celeridade na prestação jurisdicional, o legislador contemporâneo criou fórmula hábil que interdita o sofrimento dos jurisdicionados, com imediato e efetivo resgate da importância de um judiciário independente e

¹⁴ “As defesas abusivas são encorajadas na medida proporcional do tempo que deve durar o processo. Quanto mais demorado é o processo, mais ele se presta a premiar a defesa abusiva como fonte de vantagens econômicas, fazendo parecer mais conveniente esperar a decisão favorável do que cumprir a obrigação pontualmente. A defesa que diz respeito a um pedido não pode postergar a tutela dos demais pedidos cumulados, sob pena de atentar indevida e abusivamente contra o direito do autor à tempestividade da tutela jurisdicional”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Revista dos Tribunais, 1997. p. 164.

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. A tutela antecipada e ações contra o poder público reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: ASPECTOS polêmicos da antecipação de tutela. Coordenado por Tereza Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, 1997. p. 64.

¹⁶ STJ. 1ª Turma. Embargos de Declaração ao Agravo Regimental no Recurso Especial 71.339/CE. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. DJU, p. 44.516. 18 dez. 1995.

firme em suas decisões, pois o art. 273¹⁷ do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952, de 13-12-94, permite que o juiz antecipe, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pleito judicial.

Esse novel instituto da processualística, a antecipação da tutela, preenche a lacuna que há muito necessitava de disciplinamento legal, pois a procrastinação e a demora na tramitação dos litígios quase sempre asfixiava o servidor público detentor do bom direito, que tinha que aguardar, pacientemente, que o Estado esgotasse todos os tipos de recursos e meios colocados à sua disposição, com fim único e exclusivo de retardar o cumprimento do julgado.

Soma-se à essa necessidade a vedação contida na Lei nº 4.348/64, que estabeleceu normas processuais relativas ao mandado de segurança, dispondo o seu artigo 5º que:

“Não será concedida a medida liminar de mandado de segurança impetrado visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou a extensão de vantagens. Parágrafo Único – Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”.

O Artigo 7º do citado texto legal, por seu turno, impõe:

“O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto da decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimentos ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”.

Por outro lado, agrega-se também a esse contexto o fato de a medida cautelar, regulada pelos artigos 896 e seguintes do Código de Processo Civil, ter tido a declaração da corrente jurisprudencial majoritária¹⁸, que não poderia ser concedida no caso de esgotamento do pedido

¹⁷ “Art. 273 – O Juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos de tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou II – fique caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

¹⁸ “Salvo os casos expressos em lei, não cabe medida cautelar com efeito satisfativo, isto é, como sucedâneo de ação principal”. (RJTJESP, n. 126 p. 174, TRRF. 3ª Região 11/245, RAMPR n. 45 p. 165).

principal¹⁹, a ser proposto no trintídio a que alude o art. 806, da mesma Lei Adjetiva Civil.

Dessa forma, qualquer tipo de pedido de medida liminar, principalmente quando se requeira aumentos estipendiais para servidor público, ficava ao talante da discussão preliminar do esgotamento ou não da ação principal.

Contudo, a doutrina é bem dividida sobre o tema, podendo-se consultar as seguintes obras, entre outras: *Medidas Cautelares Satisfativas* (ALVIM, J.E. Carreira. RF, n. 32, p. 75, RT, JE, n. 132 p. 23 e RJTAMG, n. 52, p. 31); *O Mérito do Processo Cautelar* (OLIVEIRA, James Eduardo. C.M. RT, n. 712 p. 40); *O Processo Cautelar no Direito Internacional Privado* (CALIXTO, Negi. RT, n. 714 p. 27); *Tutela-Cautelar, Tutela Antecipatória Urgente e Tutela Antecipatória* (MARIARONI, Luiz Guilherme. AJURIS, n. 61 p. 63); *Efetividade do Processo Cautelar* (OLIVEIRA, Carlos Álvaro de. AJURIS, n. 61 p. 175).

Assim é que, pela tutela antecipada do pedido a que alude o art. 273 do CPC, o juiz pode, em *sumaria cognitio*, antecipar os efeitos daquela que seria uma futura sentença de mérito.

Diante da novidade do tema, é oportuno verificar os sempre sóbrios posicionamentos do Professor Sérgio Bermudes²⁰:

“Não se trata de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil contencioso. Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo do conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu par. 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde

¹⁹ “A tutela cautelar, é importante advertir, alude a uma forma de jurisdição impropriamente considerada (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização efetiva de uma lide de caráter meritório. Por via de consequência, a sentença de cunho cautelar não pode e, de fato, não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a antecipar os efeitos próprios da sentença da ação principal...” (FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Del Rey, 1998. p. 29).

²⁰ BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995. p. 35.

logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos. Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é perceptível. A medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia.”

A tendência atual do Processo Civil é a de resguardar a parte que se apresenta em juízo com plausibilidade de razão²¹, verificada pelo magistrado por meio de uma cognição sumária, relegando a reparação patrimonial para um segundo plano, que é o provimento final da lide. A justificativa para a antecipação da tutela está interligada não só a um juízo de plausibilidade, vinculada a verossimilhança, como também para evitar o abandono do cidadão ao arbítrio da autoridade pública, sem que se pudesse levantar o escudo protetor da Constituição Federal na defesa do direito vindicando, ficando imune a qualquer tipo de procrastinação da solução do litígio.

A relevância do tema é latente, caracterizando-se em verdadeiro direito fundamental de acessibilidade do Poder Judiciário, que reclama uma tutela adequada, diferenciada e específica, de modo a ensejar uma imediata reparação. Daí por que Kasuo Watanabe²² denomina “jurisdição constitucional das liberdades a esse tipo autônomo e diferenciado de tutela jurídica”, que: “realmente não basta a simples declaração dos direitos fundamentais no Estado-Maior. Necessário é que haja posição de um sistema de garantias e de instrumentos adequados à efetiva tutela desses direitos”.

Atrofiar a tutela rápida e efetiva, em pleno Estado de Direito, deixando sem proteção uma gama de direitos individuais de natureza legal e

²¹ Bueno, op. cit., p. 37.

²² *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. Revista dos Tribunais, 1980. p. 99-100.

assente na CF importaria em deixar ao desamparo inúmeras pessoas, entregues à sua própria insegurança.

Assim, a execução da antecipação de tutela permite uma reparação imediata da obrigação de fazer, ou seja, para determinada vantagem que está sendo postergada indevidamente pela Administração Pública, permite que o servidor postule o seu retorno ou incorporação de percentual (*obligatio faciendi*) pelo não-pagamento, ficando as parcelas atrasadas, fruto do reconhecimento judicial, a serem pagas nos moldes e formas estipuladas pelo art. 100 da CF (precatório).

Contudo, entendo que, em casos específicos, em que a Administração Pública reconhece o direito do servidor, paga a parte principal e quantifica a correção monetária advinda do respectivo pagamento, aguardando *ad eternum* a tão sonhada verba para a quitação dos credores, o Juiz está autorizado a antecipar a tutela para que o valor incontroverso seja alocado no orçamento, com a finalidade de que fique à disposição do Juízo, somente sendo liberado após determinação do Judiciário.

A permanência do valor incontroverso depositado em juízo é, precisamente, a segurança necessária para a Fazenda, tendo em vista que o perigo de irreversibilidade da decisão que antecipa a tutela fica minimizado pelo reconhecimento expresso da Administração e postularem-se valores apurados administrativamente, que pela burocracia interna não são pagos. Acrescenta-se do fato de o § 2º do art. 273 do CPC²³ não ser impecilho para o deferimento da tutela, encurtando o tempo útil da lide.

Nesse diapasão, entendo plenamente cabível a antecipação de tutela para os servidores públicos, que por tal provimento recebem a agilidade e presteza do Judiciário, garantindo o acautelamento do direito jurisdicionado.

²³ Cássio Scarpinella Bueno, citando José Geraldo Carneiro Leão, entende que o § 2º do art. 273 do CPC não é óbice para antecipação de tutela para os servidores públicos: “Com base no Art. 46 da Lei 8.112/90, outrossim, este mesmo autor sustentou que, na espécie da concessão de pagamentos ao funcionalismo público, a irreversibilidade da medida não poderia ser apontada como óbice para a concessão da tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º) diante da viabilidade do desconto em folha dos valores pagos a maior, em hipótese de decisão contrária à pretensão inaugural do litigante”. (op. cit., p. 58).

Em primoroso julgado, a eminente e culta Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Dra. Lúcia Valle Figueiredo²⁴, rechaça o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.076/90 (que foi tido como inconstitucional pelo aludido Tribunal), deixando consignada a importância do Judiciário acautelar lesões, sem proibições ou intimidações de execução das suas decisões:

“Há que se discutir – aqui e agora, em face da Constituição de 1988, que atribui ao cidadão o direito subjetivo de se dirigir ao Judiciário quando houver ameaça de lesão e, em contrapartida, o dever de o Judiciário acautelar dita lesão – se a proibição à excecutoriedade das sentenças proferidas em face de eventuais violações de direitos das leis pré-citadas coadunarse-ia, estaria ao abrigo das disposições constitucionais. Para isso, devemos, sem sombra de dúvida, verificar o teor da garantia constitucional que é o mandado de segurança, forte na proteção de direitos ameaçados ou lesados por ato de autoridade (...). Na verdade, para os inúmeros casos arrolados, a malsinada lei estaria a suprimir a garantia constitucional da outorga do bem da vida – *in natura*. Ora, é da própria *ratio* do mandado de segurança a agilidade e presteza a amparar o cidadão contra atos praticados pela autoridade, que possam vir a se mostrar contra o direito. Se assim não fosse, suprimida estaria a garantia do art. 5º, XXXV, possibilitadora de o jurisdicionado acautelar, desde logo, seu direito”.

Apesar de ato normativo de caráter infraconstitucional vedar o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar ou antecipatória pelo Estado, tais preceitos possuem o objetivo de aniquilar o próprio direito material, maculando o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), que representa, pelo seu caráter global, o direito de ingresso em juízo com a ação de conhecimento, como também a possibilidade de escolha de ações que possuam rito mais célere e eficaz, no afã de que seja encurtado o tempo de permanência em juízo.

Não encontram respaldo constitucional medidas do Executivo ou do Legislativo que tenham como função específica a de neutralizar o exercício pleno e regular do poder geral de cau-

²⁴ TRF. 3ª Região. 37.658/SP, julgado em 25 de abril de 1995. *RDP*, n. 98 p. 308.

tela conferido ao juiz resultante de um processo em que os elementos legais o autorizam a deferir a medida que entende ser a correta, colocando por terra vários ordenamentos legais, que, rompendo a razoabilidade, impõem restrições à apreciação do Poder Judiciário de reparação imediata, por meio de uma *cognição sumária* de ameaça ou lesão a direito subjetivo perpetrada pelo Poder Público²⁵.

São os seguintes comandos legais baixados com intuito de tornar inatingível, de apreciação judicial, os atos públicos:

a primeira lei que suprimiu liminares contra os interesses públicos foi a de nº 2.770/56, que versava sobre a liberação de bens, mercadorias ou coisas oriundas do exterior, dando azo à Súmula 262/STF;

a seguir, veio a Lei nº 4.348, de 1964, cujo art. 5º impede a concessão de medida liminar em mandado de segurança que verse sobre reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou conceda aumento ou extensão de vantagens. Sendo que o parágrafo único do citado artigo 5º estipula: “Os mandados de segurança a que se refere esse artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”; no mesmo rumo, o art. 39 da Lei nº 4.357, de 16-7-64, estabeleceu que: “Não será concedida medida liminar em mandado de segurança, impetrada contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente lei”. Todavia, o art. 51 da Lei nº 4.862, de 29-11-65, revogou expressamente o supra transcrito artigo 39 do já citado comando legal anterior; todavia, seguindo a esteira do arbítrio, veio a Lei nº 5.021/66, cujo art. 1º, § 4º, estabelece: “§ 4º – Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”;

a seguir veio a Medida Provisória nº 118, de 5-12-89, transformada na Lei nº 7.969, de 1989, segundo a qual mandou aplicar às medidas cautelares, previstas nos artigos 796 e 810 do CPC,

²⁵ Em sede de agravo de instrumento, o Des. Albano Nogueira, levando ao conhecimento do Colegiado, deixou proclamado o cabimento de antecipação de tutela em ações contra o Poder Público, extraíndo-se do seu voto condutor as seguintes considerações: “... é possível a concessão antecipada da tutela em qualquer processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos legais” (TJSP. 7ª C. de Direito Público. AI 5.979-5/1, SP, julgado em 19 de agosto de 1996, *COAD, Informativo Semanal*, v. 5 n. 77047, p. 77, 1997.

o disposto no artigo 5º, parágrafo único, e também a Lei nº 4.348/64, consoante seu artigo 1º; por sua vez, no aludido percurso, o artigo 1º da Lei nº 8.437/92 veda a concessão de medida liminar contra o Poder Público, ficando assim redigido:

“Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º – Não será cabível, no Juízo de 1º Grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, a competência originária do Tribunal. § 2º – O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3º – Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”;

por fim, a Medida Provisória nº 1.570/97, convolada na Lei nº 9.494/97, impossibilita antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, criando uma série de dificuldades, sendo que o seu artigo inaugural estipula:

“Art. 1º – Aplica-se à tutela antecipada nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e Parágrafo Único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964²⁶, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966²⁷, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992²⁸”.

²⁶ Transcrito anteriormente.

²⁷ A Lei nº 5.021/66 dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens concedidas à servidor público civil, pela sentença, sendo que o seu artigo 1º, § 4º, dispõe: “Art. 1º – O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”. “§ 4º – Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

²⁸ O art. 1º da Lei nº 8.437/92 já foi transcrito, sendo que os arts. 3º e 4º estão assim colocados: “Art. 3º – O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importem em outorga ou adição de ven-

Ora, essas medidas legislativas, movidas pelo interesse do Executivo, visam engessar o exercício da jurisdição plena, efetiva e segura em total afronta ao art. 5º da CF sem eco na boa doutrina e na firme jurisprudência, que não pode reverenciar o arbítrio e a tentativa de limitação ao Poder Judiciário, que é harmônico e independente dos demais poderes. Sobre o tema em foco, nada mais preciso do que as palavras do professor, jurista e magistrado, que participou ativamente da reforma do Código de Processo Civil, implementada pela Lei nº 8.952/94, Dr. Carreira Alvim²⁹, que em laço de extrema felicidade averba:

“Dispondo o art. 5º, XXXV, da Constituição que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, essa norma de super direito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem o que o acesso à Justiça não seria completo. O preceito constitucional não alcança apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição que relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito. Assim, qualquer limitação ao exer-

cimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”; “Art. 4º – Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. “§ 1º – Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitado em julgado”. “§ 2º – O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em 5 (cinco) dias”. “§ 3º – Do despacho que conceder ou negar a suspensão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias”.

²⁹ ALVIM. op. cit., p. 88.

cício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição, pelo Estado, deve ser afastada, *in concreto*, sempre que importe em transgressão ao sistema de defesa dos direitos, agasalhado pela Constituição. A função da lei ordinária, no campo processual, é a de disciplinar esse sistema, não dispondo de eficácia jurídica para, sob o pretexto de fazê-lo, neutralizá-lo na sua essência”.

Após esse brilhante relato do mestre Carreira Alvim, é de se registrar que, no nosso país, o Executivo e Legislativo revelam invulgar vocação de limitar e, até mesmo, aniquilar³⁰ o poder jurisdicional dos magistrados.

Por certo que esta última agressão à independência e liberdade dos juízes veio à tona para tentar impedir uma avalanche de ações judiciais sobre o reajuste de 28,86% concedido para os militares de alta hierarquia e para os servidores dos poderes Legislativo e Judiciário, sendo banidos de tal aumento os sofridos e infortunados servidores do Executivo. Contudo, qualquer comando legal que iniba o acesso à Justiça padece de ilegalidade, visto que restringe direito constitucionalmente garantido³¹. E o ilustre Cássio Scarpinella Bueno³² não tem dúvida em banir a aplicabilidade da Lei nº 9.494/97:

“O Juiz deverá antecipar a tutela – analisados e sopesados todos os valores incidentes na hipótese – toda vez que for o caso da mesma dever ser concedida. As presunções que recobrem o ato estatal – e que justificariam a proteção do interesse público subjacente, há dúvidas, aos arts. 1º e 2º da Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97 – deverão ser afastadas na exata medida em que, por iniciativa do particular, comprova-se, em plena consonância com os valores prestigiados pelos ordenamentos constitucional e processual codificado mais

³⁰ O Ato Institucional nº 5 chegou a excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual, proibindo até a concessão de *habeas corpus* em determinados casos.

³¹ “Prevalece, pois, o entendimento de que se, *in concreto*, verifica-se que a incidência da disciplina desta Medida Provisória inibe o acesso à Justiça, a mesma não poderá prevalecer. Já não se trataria mais de real “disciplina legal”, mas, palpavelmente, de real restrição de direito constitucionalmente garantido”. (BUENO, op. cit., p. 91).

³² *Ibid.*, p. 96.

recente, e, pois, ainda que em cognição sumária do magistrado, a invalidade do comportamento estatal”.

Sendo que, no caso específico dos servidores públicos, após o julgamento da ADIn-MC nº 309, o Relator Ministro Ilmar Galvão expurgou qualquer dúvida sobre a legalidade de se antecipar os efeitos da sentença que será proferida *a posteriori*:

“Até porque inúmeros servidores – talvez a grande maioria – terão seus vencimentos drasticamente reduzidos, por contarem menor tempo de serviço prestado. Reside aí *opericulum in mora*, pois eventual demora no processo e julgamento da ação poderá acarretar sensíveis e irreparáveis prejuízos a numeroso segmento social, se a ação vier a ser julgada procedente, mas com retardo. Não convém pôr em risco tão grande número de pessoas, ainda que se deseje viabilizar o sucesso de um plano econômico”.

Em igual sentido, os Tribunais Regionais Federais mantêm intactas decisões singulares de primeira instância que deferem antecipação de tutela para recompor direitos e garantias dos servidores públicos atingidos:

“Processo Civil – Agravo de Instrumento – Servidores Públicos – Plano de Seguridade Social – Antecipação de Tutela – Cabimento. 1. Cabível a antecipação de tutela a fim de suspender a cobrança de alíquota de 12% referente ao plano de seguridade social dos servidores públicos, eis que presentes os requisitos autorizadores para a sua concessão. 2. Agravo improvido³³;

“Constitucional e Previdenciário – Contribuição dos Aposentados para com a seguridade social por força de medida provisória – Despacho que antecipa a tutela jurisdicional, mandado não se operar o desconto – Presença de verossimilhança ante decisão do STF. ADIN 1.433-1-60. Rel. Min. Ilmar Galvão e do dano irreparável. Nenhuma lei profbe a antecipação de tutela quando a Fazenda Pública por parte passiva, nem deve a tutela antecipada ser confundida com a execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública. O grave risco para a eco-

nomia pública é tema que refoge ao mundo jurídico, improvemento³⁴”.

Em outras hipóteses legais, onde o direito material é diverso dos exemplares citados nos arestos anteriores, ou seja, casos diversos ao da suspensão da cobrança de alíquota de 12% (doze por cento) referentes ao plano de seguridade social dos servidores públicos, os Tribunais Superiores vêm conferindo o mesmo tratamento, privilegiando a oportuna e autorizada visão dos julgadores singulares que antecipam a tutela jurisdicional:

“Processual Civil e Administrativo – Revisão de Vencimentos – art. 28 da Lei nº 8.880/94, 3,17 – Antecipação de Tutela. Presença dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada. Precedentes da Eg. 3ª turma³⁵”; “Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu tutela jurisdicional antecipada em ação ordinária visando ao cômputo do tempo de serviço público prestado sob o pálio da legislação consolidada para fins de percepção da gratificação de anuênios. Presença dos pressupostos do art. 273 do CPC: prova inequívoca do receio de dano de difícil reparação consubstanciado na situação crítica por que passa o funcionalismo público e pelo caráter alimentar dos valores reclamados. Declaração incidental de inconstitucionalidade pelo tribunal pleno do art. 7º, I, da Lei nº 8.162/91 (AL 25.061/RN)³⁶”.

Dessa forma, a Lei nº 9.494/97, como as demais, citadas anteriormente, agridem o próprio Estado Democrático de Direito, que protege os cidadãos contra a prepotência e o arbítrio do Estado. Nessa vertente, é dever do Estado respeitar e garantir os direitos, liberdades e garantias da sociedade, possibilitando que ela seja livre e justa.

Assim, o acesso ao direito tem que ser efetivo, sem dilações indevidas, podendo-se citar o exemplo robusto da lição de Mauro Cappelletti³⁷:

“a função dos tribunais e dos proces-

³⁴ TRF. 5ª Região. 1ª Turma. Ag. 00508559-CE. Relator, Juiz Wladimir Carvalho. *DJ*, 4 jul. 1997.

³⁵ TRF. 5ª Região. 3ª Turma. Ag. 508813-AL. Relator, Juiz Rivaldo Costa. *DJ*, 21 mar. 1997.

³⁶ TRF. 5ª Região. 3ª Turma. Ag. 507119-CE. Relator, Juiz Rivaldo Costa. *DJ*, 21 mar. 1997.

³³ TRF. 3ª Região. 2ª Turma. Ag. 03084753-SP. Relator, Juiz Clélio Benevides. *DJ*, 8 maio 1997.

³⁷ Apud ANDRÉ, Adélio Pereira. *Vinculação da administração e protecção dos administrados*.

os judiciais alargaram-se de tal modo enormemente que não podem ser, por mais tempo, aceites como instrumentos adequados para a protecção apenas de ‘elites’ privilegiadas. Pelo contrário, devem estar ao serviço de toda a sociedade. Assim, uma essencial – possivelmente a essencial – característica de um sistema de administração da justiça realmente moderno deve ser a sua efectiva, e não meramente teórica, acessibilidade a todos: porque, como sublinha o Prof. Joloyicz, ‘pouco vale ter um sistema judicial com garantias cuidadosamente formuladas, se ninguém, a não ser os ricos, pode fazer uso delas’”.

Acerca dos “atrasos”, proclamou:

“Justiça demorada é má justiça”: “um processo que se arrasta por tempo mais que razoável pode levar a uma denegação de justiça”.

Por outro flanco, a efetiva prestação jurisdicional de pleitos contra a Administração Pública mereceu especial atenção do direito comparado, podendo-se citar o art. 113 da Constituição Italiana:

“art. 113 – Contra os atos da Administração Pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos da jurisdição ordinária ou administrativa. Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a meios particulares de impugnação ou para determinadas categorias de atos”.

Já o artigo 24.1 da Carta Política da Espanha prescreve:

“24.1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se indefinição”.

Sendo certo, que o item 2 do aludido artigo proíbe dilações indevidas, que possuem o fito de procrastinar e atrasar o andamento dos processos colocados tanto perante a jurisdição administrativa, como também na esfera judicial.

Na mesma trilha, o art. 106 da Constituição hispânica determina o controle da Administração Pública.

“Os Tribunais controlam o poder re-

gulamentar e a legalidade da atividade administrativa, bem como a sujeição desta aos respectivos fins”.

Sobre a tutela judicial efetiva, preconizada pela Constituição da Espanha, Francisco Chamono Bernal³⁸ sublinha:

“En primer lugar, el esclarecimiento de los derechos y garantías procesales constitucionales que son exigencia del contenido de la tutela judicial efectiva, eliminaría las improcedentes alegaciones de falta de tutela en los innumerables recursos de amparo, que son destinados por no estar afectado esse derecho”.

A liberdade de acesso à jurisdição efetiva na Espanha é um direito reconhecido também nos seguintes ordenamentos: art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁹; no artigo 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁰ de 1966, e no artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950⁴¹.

Francisco Chamono Bernal⁴² conclui que o instrumento principal para realizar a efetiva tutela judicial é, em princípio, em *favor actions* ou *pró actione* e seus derivados, sendo dever do Judiciário promover e colaborar com a realização de uma efetiva prestação jurisdicional (dever constitucional), posto que os juízes têm a

³⁸ *La tutela judicial efectiva*: derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, 1994. p. 7.

³⁹ Art. 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁴⁰ Art. 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil...”.

⁴¹ O artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe que: “Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativamente e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial”.

⁴² Op. cit., p. 329.

“obligación de protección eficaz del derecho fundamental...”.

A Lei Fundamental de Bonn também obriga a inafastabilidade de lesão cometida pelo Poder Público ser julgada pelo Poder Judiciário, *litteris*:

“Art. 19.4 – Toda persona cuyos derechos sean vulneados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera outra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”.

sendo entendimento assente na doutrina e na jurisprudência alemã que tutela jurídica eficaz significa tutela jurisdicional em tempo útil como tem entendido o Tribunal Administrativo Federal do aludido país – na decisão do *Bundessverfassungsgericht* referida por Peter Baduna, em *Limitti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative*. *RTDP*, 1984.

A denominada regra da aceleração processual (*Beschleunigungsprinzip*) influenciou a Europa Ocidental, sendo a norma imperante⁴³ naquele continente, que não permite a duração de um pleito com dilações indevidas.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Guy Tucci, citando o posicionamento do publicista espanhol José Antonio Tomé Garcia, registram que dilações indevidas seriam:

“os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e sempre que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários”⁴⁴.

A Constituição do Canadá, em seu artigo 11.b, também tem como foco de mira a celeridade da contenda judicial, devendo ser resolvida em um prazo razoável⁴⁵.

Essa necessidade de preservação de uma jurisdição rápida e eficaz, exercida em um prazo razoável, também foi objeto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em San

⁴³ TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Guy. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. Revista dos Tribunais, 1993. p. 103.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁵ Art. 11.b: “toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”.

José, Costa Rica, em 22-11-69, impondo aos países signatários do mesmo:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal, contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”

O Brasil é um dos países que ratificou a aludida convenção, que, a teor do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, passou a norma supranacional a pertencer ao mundo jurídico nacional, transformando-se em direito cristalino da sociedade, possuindo os cidadãos a prerrogativa de terem os seus pleitos julgados dentro de um prazo razoável, sem dilações indevidas.

“Conclui-se, portanto, que, também em nosso País, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem assegurando ao membro da comunidade social por norma de aplicação imediata”⁴⁶.

Vê-se, portanto, que os Estados de Direito se preocupam em agilizar a prestação jurisdicional, não tendo “medo” de dissabores ou derrotas na Corte, pois o lema de que “faça o que eu falo, mas não faça o que eu digo” não prospera em um país sério, onde a eficácia da tutela jurisdicional não se compadece com um mero direito de acesso aos tribunais, ou como a garantia de igualdade entre as partes e imparcialidade na decisão, tendo em vista que esta vitória se traduz, afinal, numa mera declaração de princípios, sem conseqüências de fato ao nível da esfera jurídica do administrado ou da situação desprotegida. Tutela em tempo útil significa que a sentença que vier a ser proferida pode efetivamente servir às pretensões de quem a requer.

Nessa moldura, a Lei nº 9.494/97 é inconstitucional, por cercear a efetividade do direito de livre acesso dos servidores públicos ao Judiciário, discriminando-os perante a sociedade, em rota contrária à *do caput* do art. 5º da CF⁴⁷, que

⁴⁶ Rogério Lauria Tucci e José Rodrigues Guy TUCCI, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁷ O TRF – 2ª Região negou mandado de segurança impetrado por pessoa jurídica de direito público que visava cassar liminar deferida no juízo de 1º grau de jurisdição, ao argumento que a dita autoridade coatora não poderia conceder liminar liberando os cruzados retidos no BACEN, ficando assim ementado o v. acór-

preconiza que “todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza (...)*”, além de negar vigência ao inc. XXXV do precitado art. 5 da *Lex Legum*. Em abono ao que acabamos de falar, o Juiz Araken Mariz⁴⁸ do TRF-5ª Região, prestigiando o disposto no art. 5º, XXXV, da CF, concedeu agravo de instrumento que tinha como meta possibilitar o deferimento de medida liminar contra ente público:

“Processual Civil. Agravo de Instrumento. Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Direito de Ação. I – O direito de ação é um direito subjetivo público, conseqüentemente nenhuma decisão pode impedir o acesso do cidadão às vias jurisdicionais. II – A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. III – Agravo provido”.

Com o mesmo teor, o Desembargador Pinheiro Franco⁴⁹, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, deixou registrado: “(...) não se pode tolher qualquer pessoa de recorrer ao Judiciário para que apresente ação que entender competente na defesa dos seus interesses”.

E o Ministro José Delgado⁵⁰ firmou entendimento na 1ª Turma do STJ de que é possível executar-se provisoriamente julgado contra a Fazenda Pública, como se depreende do seguinte aresto:

“Processual Civil – Execução contra

dão: “Constitucional. Liberação de Cruzados Bloqueados. Mandado de Segurança visando conferir efeito suspensivo a agravo interposto em face de decisão judicial que liberou cruzados. A liminar é a própria alma do Mandado de Segurança e de outras ações protetivas de direitos ameaçados por lesão irreparável. Não pode o legislador obstar o Juiz a conceder o remédio necessário à proteção do correspondente direito, quando provocado por quem se sinta lesado ou ameaçado de lesão. Figura o direito de propriedade, dentre outros direitos invioláveis (Constituição, art. 5º, *caput*). Consubstancia-se o bloqueio de dinheiro a modalidade mais violenta de privação da propriedade, ferindo direito fundamental do cidadão, sem cabimento a pretensão da impetrante...” (TRF. 2ª Região Relator: Des. Alberto Nogueira. MS 91.02.08560/RJ. *DJ*, p. 42.447. 4 jul. 1995.).

⁴⁸ TRF. 5ª Região. 2ª Turma., Ag. 95.05.03938/PE. Relator: Juiz Araken Mariz. *DJ*, p. 64.219, 22.set. 1995.

⁴⁹ TJSP. 11ª C. Cível. AC 203953/SP. Relator: Des. Pinheiro Franco. *JTJ/SP – LEX* 148, p. 112.

⁵⁰ STJ. 1ª Turma. Resp 87.978/SP. Relator: Ministro José Delgado. *DJU*, p. 19225. 3. jun. 1996.

a Fazenda Pública – Possibilidade de executar provisoriamente o julgado – Não infringência aos arts. 730 e 741, V, do CPC – Recurso Improvido. I – O art. 730 do CPC não cria óbice à execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública. II – Não se pode prejudicar ainda mais o credor com a interpretação pretendida pela Fazenda. III – Recurso não provido”.

Influenciado pela vasta jurisprudência do STJ e, em especial, dando grande relevo ao acórdão proferido no Resp. 56.239/PR⁵¹, da 1ª Turma, julgado por unanimidade de votos, em 15.3.95, que reconheceu a conciliação da antecipação de tutela com o art. 100 da CF, visto que inexistente dano para a Fazenda Pública, que teria apenas que instrumentalizar a execução “incrivelmente lenta”, o Professor Cássio Scarpinella Bueno⁵² afirmou em “alto e bom som”:

“Diante desta tendência jurisprudencial que tem se formado no STJ, desde que tomemos como base a *ratio* daquelas decisões, é possível entendermos a admissão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública mesmo naqueles casos que signifiquem pagamento em dinheiro e desde que, evidentemente, estejam presentes, na hipótese, os pressupostos do *caput* do art. 273 e de um ou, concomitantemente, de ambos seus incs. I e II do CPC”.

Após toda essa radiografia legal, jurisprudencial e doutrinária, não se pode deixar de registrar o posicionamento do STF, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade contra a

⁵¹ Pelo Resp nº 78.911/SP (95/0057320-2), a 1ª Turma do STJ deixou claro que, na execução provisória, em que se discute prestação de natureza alimentar, não é necessária caução: “Processual civil. Execução provisória. Caução. Prestação de natureza alimentar. Descabimento. – No crédito de natureza alimentar não tem cabimento a exigência de caução, na execução que se deseja, diante do aspecto social da questão. _ Recurso especial não conhecido” (Resp nº 78.911/SP (Reg. 95/0057320-2), Relator: Ministro Willian Patterson. 1ª Turma. *DJ*, mar. 1996.

⁵² Op.cit., p. 72. No mesmo sentido, o citado publicista cita J.E.S.Frias, Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais* 728, p. 63-64, quando anota, em abono ao quanto dito no texto, que a Lei nº 8.437/92 não poderia criar óbice à efetivação, quando o caso da antecipação de tutela, porque, “no confronto entre as duas disposições, entretanto, deve prevalecer a que prevê maior efetividade do direito, que é aspiração geral” (p. 60).

Medida Provisória nº 173, de 18-3-89 (convertida na Lei nº 7.969/89), que vedava a concessão de medida liminar em mandado de segurança, ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, que indeferiu o pedido de suspensão cautelar da vigência da malsinada MP, por maioria, ficando vencidos os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello, sendo designado como Relator do aresto o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, que deixou registrado, em suma, que o indeferimento da suspensão liminar da MP 173 não prejudica o exame judicial de cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva.

Em síntese, foi reconhecido, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que compete ao juiz de cada contenda decidir se, ao aplicar a Medida Provisória citada, seria ou não efetivo o acesso à Justiça, deixando de ser tarefa do STF, no controle concentrado da constitucionalidade das leis, discorrer sobre tal questão. Ou seja, pode o juiz de 1º grau de jurisdição, entendendo que existe inconstitucionalidade em determinada lesão, ou ameaça de tal, perpetrada pelo órgão público, aplicar ou furta-se em seguir o que estava contido na MP nº 173/89.

Como o Executivo influencia diretamente o Legislativo, a história se repete, por parte de um Poder que está convencido que os seus atos lesam os servidores públicos de boa-fé, tentando, mais uma vez, repelir a tentativa de acesso eficaz ao Judiciário, conduta típica de violador de direitos e garantias fundamentais dos servidores administrados, que se encontram há mais de 3 (três) anos, em profundo estado de achatamento e encurtamento de direitos estipendiais⁵³.

⁵³ Ao manter antecipação de tutela deferida na instância *a quo*, o Exmo. Juiz Castro Meira realçou situação aflitiva do servidor público, que há mais de dois anos sofre verdadeiro retrocesso estipendial: “Processual Civil – Agravo de Instrumento – Anuênios – Tutela Antecipada – Art. 273 do CPC. – Na decisão que antecipou a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento (Art. 273, III, CPC). – Nada obstante, tem esta turma considerado em situações análogas que se deve ter em conta os termos em que foi proferido o pedido. – Hipótese em que a inicial fornece subsídios suficientes para o reconhecimento da existência da verossimilhança, através de diversas ementas de julgados desta Corte. – Requisito do perigo da demora existente em razão da natureza alimentar da parcela de que se cuida, além do que não se pode desconsiderar a aflitiva situação porque vem passando os servidores

A velha retórica de que são os servidores os causadores do mal público continua prevalente na mente dos homens públicos.

Feito este registro, foi baixada a Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97, que tenta impedir, novamente, o acesso à Justiça, restringindo, dessa feita, as ações judiciais de servidores públicos contra a Fazenda Pública, em que postulam antecipação de tutela nas incorporações de reajustes estipendiais postergados, *ad eternum*, notadamente o caso concreto dos 28,86%, já deferido pelo STF.

Contudo, o STF, julgando medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Partido Liberal contra Medida Provisória nº 1.570, de 26-3-97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o Tribunal deferiu, em parte, a liminar para suspender a vigência do art. 2º da MP (o art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: “§ 4º – Sempre que houver possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida vir a sofrer dano, em virtude da concessão de liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, o juiz ou o relator determinará a prestação de garantia real ou fidejussória”). Os Ministros Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Néri da Silveira deferiram a liminar por considerarem que o dispositivo, tal como redigido, poderia restringir o acesso ao Poder Judiciário, com ofensa, à primeira vista, ao art. 5º, XXXV, da CF/88, e os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence a concediam por entenderem que não haveria urgência a justificar a edição da Medida Provisória. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Nelson Jobim, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, ao argumento de que o sistema processual brasileiro já contempla normas que facultam ao magistrado a exigência de caução (por exemplo art. 804 do CPC), e cuja inconstitucionalidade jamais foi declarada.

Indeferida a liminar quanto aos artigos 1º, que veda o instituto da tutela antecipada nas hipóteses em que a lei proíbe o deferimento de cautelar em mandado de segurança, e 3º, que, dando nova redação ao art. 16 da Lei nº 7.347/85 (ação civil pública), dispõe que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator da res-

públicos, sem qualquer perspectiva de melhoria em sua remuneração há dois anos”. (TRF. 5ª Região. 1ª Turma. Relator: Juiz Castro Meira. Ag. 508493-CE. DJ, 21 mar.1997).

pectiva decisão. Vencidos os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence com o mesmo fundamento do art. 2º (ausência de um dos pressupostos da medida provisória), e o Ministro Néri da Silveira, quanto ao art. 1º, ao argumento de que o dispositivo é, à primeira vista, incompatível com o instituto da tutela antecipada⁵⁴.

No prosseguimento do julgamento do mérito, entendeu a maioria dos Ministros componentes do STF que o comando legal impugnado é constitucional, estando o acórdão aguardando a publicação no Órgão Oficial, para surtir seus efeitos legais.

Após todo o relato contido na presente exposição, verifica-se que o art. 273 do CPC é plenamente aplicável aos pleitos em que servidores públicos busquem antecipação de tutela contra o ente de direito público. Tal provimento, de *cognição sumária*, permite controle efetivo dos atos administrativos⁵⁵.

Esse posicionamento eficaz, como visto anteriormente, vem contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual o Brasil é um dos países signatários, o que significa dizer que o prazo razoável a que alude aquele pacto, para solução do litígio, fica fazendo parte integrante do nosso ordenamento legal interno,

devendo ser evitadas as dilações indevidas e desarrazoadas, por serem contrárias à acessibilidade do Judiciário.

A aludida acessibilidade de que trata o inc. XXXV do art. 5º da CF é aquela que garante não só o ingresso no Judiciário, mas sobretudo a utilização de meios colocados à disposição do jurisdicionado capaz de encurtar o caminho da tramitação. Em suma, cercear determinado segmento da sociedade da utilização de remédios mais rápidos e eficazes contra o poder público afigura-se como imoral e inconstitucional.

Imoral (art. 37, *caput*, da CF) porque afasta do controle imediato os atos públicos, que, pela deterioração do tempo, tornam-se inconsistentes, sendo inconstitucional por distinguir, perante a lei, indivíduos (art. 5º, da CF), que ficam impossibilitados de ingressarem com ação judicial com rito mais célere (art. 5º, XXXV, da CF).

Conclui-se, portanto, que a Lei nº 9.494/97, como qualquer outra que possua o mesmo enredo, é inconstitucional, e, como tal, deverá ser mutilada pelos competentes julgadores, que não podem permitir essa forma de controle externo do Judiciário, feito, de modo camuflado, pelo Poder Executivo.

⁵⁴ ADIN 1.576. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento da liminar, 16 de abril de 1997. *STF*, n. 67, 14 a 18 abril 1997).

⁵⁵ “De outra parte, o controle jurisdicional da Administração também opera pelo rito ordinário, marcando destaque, pela freqüência de seu uso, as medidas cautelares inominadas de eficácia rápida na contenção de ilegalidades administrativas”. TÁCITO, Cáo. *Temas de Direito Público: controle judicial da Administração Pública no Direito brasileiro*. Renovar, 1997. v. 1, p. 1005.

Apontamentos sobre a nova lei brasileira de direitos autorais

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO

Conta o País, nos dias de hoje, com novo diploma legal regulamentador dos direitos autorais. Trata-se da Lei Federal 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que entrou recentemente em vigência. Dada a importância fundamental do campo do Direito de Autor na atualidade, faz-se mister que se proceda a uma análise, ainda que panorâmica, da nova lei, apontando-se-lhe as principais notas características.

A lei regula os direitos autorais, que abrangem os direitos de autor propriamente ditos e os direitos conexos de autor. Para efeitos legais, os direitos autorais são reputados bens móveis.

Os negócios jurídicos relativos a direitos autorais são interpretados restritivamente, o que implica a proibição do emprego da interpretação extensiva. Trata-se de dispositivo que protege o autor nas negociações respeitantes aos seus direitos, assegurando-se-lhes a inviolabilidade. É que, em sede de Direito de Autor, parte-se do pressuposto de que o titular dos direitos autorais é a parte hipossuficiente nas negociações privadas.

As obras simplesmente subvencionadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios (entes de direito público interno) não pertencerão ao respectivo domínio.

As obras intelectuais protegidas são as criações do espírito (literárias, artísticas ou científicas), expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Com isso, a lei adotou a orientação já consagrada universalmente de elencar as obras protegidas de maneira aberta (rol meramente exemplificativo). A proteção autoral incide sobre a criação do espírito desde o momento em que ela é plasmada em um suporte (*corpus mechanicum*), que

pode ser tangível (como no caso de livros, esculturas, pinturas, gravuras, etc.) ou intangível (como, exemplificativamente, no caso da obra coreográfica trazida a lume mediante a apresentação de uma sambista em desfile de escola de samba). Aliás, o próprio suporte pode ser conhecido ou decorrer do aperfeiçoamento técnico, o que acarreta a permanência, na reserva do autor, de todos os modos de fixação ainda não desenvolvidos quando do entabulamento de qualquer negócio jurídico que envolva a cessão de direitos autorais. Quanto ao rol de obras protegidas – meramente exemplificativo, como já se disse –, há o acréscimo, por expresse, de uma novidade: os programas de computador. Isso representa a vitória da tese autoralista na seara do *software*, defendida, entre nós, eloquentemente, por Carlos Alberto Bittar, significando, na prática, que tais obras intelectuais se situam no âmbito das produções literárias.

Entre o que não está protegido pelo Direito de Autor, estão as idéias (que pertencem ao domínio cultural da humanidade) e os textos normativos em geral (por conta do princípio da publicidade).

A proteção à obra intelectual abrange o seu título, desde que original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor.

Considera-se autor a pessoa física criadora de obra protegível, podendo a proteção autoral aplicar-se às pessoas jurídicas nas hipóteses abrangidas pela lei. Do ponto de vista prático, reputa-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário (presunção *iuris tantum*), aquele que, por uma das modalidades de identificação legalmente previstas (nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional), tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

A co-autoria da obra se atribui àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada. Ao co-autor cuja contribuição possa ser utilizada separadamente são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada, no entanto, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum. Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra protegível, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio. Tal orientação é justificada pelo fato de que a autoria de obra intelectual é decorrência da criatividade e

da originalidade, considerando-se obra protegível aquela que surja em virtude de trabalho criativo – e não meramente técnico – e original – aqui não se exigindo a originalidade absoluta, bastando a relativa.

Nas obras coletivas, assegura-se a proteção às participações individuais; assim sendo, qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva.

A proteção autoral decorre da criação do espírito em um suporte, independentemente de registro, cujo caráter, pois, é meramente facultativo e assecuratório.

Os direitos de autor, de caráter complexo, apresentam duas facetas que se completam e se fundem: os direitos morais e os direitos patrimoniais.

Entre os aspectos morais do direito de autor, encontram-se as seguintes faculdades juridicamente protegidas: a) a de reivindicação da autoria; b) a de dar nome à obra; c) a de conservar a obra inédita; d) a de zelar pela integridade da obra; e) a de modificação da obra; f) a de retirada da obra de circulação. Os direitos morais de autor são inalienáveis e irrenunciáveis (*erga omnes*), exatamente por serem direitos da personalidade; aliás, são os únicos direitos dotados de validade *ad infinitum*, projetando a personalidade do criador para todo o sempre.

No que tange aos direitos patrimoniais de autor, aproximam-se eles dos direitos reais, consistindo na faculdade juridicamente protegida de que dispõe o autor de fruir da produção de seu intelecto, independentemente da respectiva qualidade. Efetivamente, para que uma obra goze da proteção autoral, não há que cogitar-se de apresentar ela boa ou má qualidade; como se percebe, o critério para a proteção da obra em sede do Direito Autoral é meramente objetivo (fixação em suporte). Para que terceiros utilizem a obra, por quaisquer modalidades, urge que haja prévia e expressa autorização do autor. Aliás, as diversas modalidades de utilização de obras protegidas são independentes entre si, o que implica que a autorização concedida pelo autor relativamente a uma não se estende a nenhuma outra.

Se a obra resultante de co-autoria for indivisível, nenhum dos co-autores poderá, sem o consentimento dos demais, publicá-la ou autorizar-lhe a publicação, salvo na coleção de suas obras completas.

A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, via de regra, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais de autor,

pois há uma nítida diferença entre o direito de propriedade incidente sobre o *corpus mechanicum* e o direito patrimonial de autor, que é corolário da criação intelectual.

Ressalvada disposição em contrário (norma legal facultativa), são incomunicáveis, dentro do casamento, os direitos patrimoniais de autor.

Em regra, com a nova lei, os direitos patrimoniais de autor perduram por setenta anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento de seu titular, dentro da ordem sucessória da lei civil.

Pertencem ao domínio público as obras em relação às quais tenha decorrido o prazo de proteção dos direitos patrimoniais, as de autores falecidos que não hajam deixado sucessores e as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. É titular de direitos autorais quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

Determinadas condutas não constituem ofensas aos direitos autorais, entre as quais podem ser citadas: a) a citação de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, com a indicação do nome do autor e da origem da obra (direito de citação); b) a utilização de obras protegidas com o fito de produção de prova judiciária ou administrativa.

Os direitos autorais (patrimoniais, é bom que se esclareça) podem ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, diretamente ou pelos sucessores, a título universal ou singular, mediante licenciamento, concessão, cessão ou outros meios admitidos em Direito, obedecidos determinados parâmetros, entre os quais a adoção da forma escrita na hipótese de transmissão total e definitiva dos direitos. A cessão de direitos autorais – onerosa ou gratuita – será sempre feita por escrito, presumindo-se onerosa. Em se tratando de obras futuras, a cessão de direitos autorais abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.

Além dos direitos de autor propriamente ditos, são disciplinados pela lei, igualmente, os direitos conexos (*droits voisins*) – direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. É de setenta anos o prazo de proteção aos direitos conexos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; à execução e representação pública, para os demais casos. A lei simplesmente não previu o direito de arena, expressamente regulamentado pelo diploma legal anterior (Lei Federal 5.988/73).

No campo da realização dos direitos patrimoniais, é facultado aos autores e aos titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro (associações de titulares). A nova lei aboliu o CNDA (Conselho Nacional de Direito Autoral), que já havia sido desativado na gestão do Presidente Fernando Collor.

De acordo com a conduta lesiva aos direitos autorais, existe a previsão, no ordenamento brasileiro, de sanções civis, administrativas ou penais. Entre as civis, prevê-se que o titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (ação cautelar de busca e apreensão, cujo fito é a cessação do ilícito, que pode preceder a propositura de ação de reparação de danos). Aliás, há que se mencionar que, pela violação dos direitos morais de autor, responde o causador do ilícito por dano moral (violação à esfera extrapatrimonial do titular), civilmente reparável. Aqui, a reparação se reveste de duplo caráter: sanção para o causador do dano e compensação para o lesado; deve o juiz, na estipulação do *quantum debeatur*, adotar um valor de desestímulo, a fim de que se coíbam novas ações lesivas. Não se perca de vista, aliás, que o dano moral é imprescritível, pois viola a personalidade do respectivo titular.

A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Considerações introdutórias. 2. A figura do comerciante e a falência. 3. Da distinção entre as sociedades comerciais e as civis. 4. A teoria da empresa e sua importância. 5. A adoção da teoria da empresa no Brasil seus efeitos. 6. Conclusão.

1. Considerações introdutórias

De uma forma geral, ainda persiste, no cenário jurídico nacional, a diferenciação entre sociedades civis e comerciais. A distinção entre tais sociedades está apoiada no *ato de comércio*, salvo as sociedades anônimas que, por imperativo legal, estendem os efeitos comerciais às sociedades civis que adotem, na sua estrutura, este tipo de sociedade por ações.

As legislações comerciais procuram enumerar quais seriam os atos de comércio, a exemplo do que fez o Código Comercial francês de 1807, em seus arts. 632 e 633. No direito nacional, os atos de comércio foram relacionados no art. 19 do Regulamento nº 737/1850, sendo estes atos os seguintes, para caracterizar a profissão mercantil: a) a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; b) as operações de câmbio, banco e corretagem; c) as empresas de fábricas, de comissão, de depósitos, inclusive aqueles feitos em armazéns gerais, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos públicos; d) os seguros, freteamentos, riscos e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e e) a armação e expedição de navios.

O ato de comércio, basicamente, tem seu fundamento na intermediação ou na interposição

de trocas. Dessa forma, as pessoas que não praticam intermediação, não seriam consideradas comerciantes, por conseguinte, não se beneficiariam dos direitos e vantagens inerentes a essa classe.

Porém, de longa data, a doutrina vem-se posicionando negativamente quanto à distinção entre as sociedades civis e comerciais com base no ato de comércio¹.

Ademais, as relações econômicas travadas internacionalmente envolvem não somente a comercialização de bens, mas, acima de tudo, prestações de serviço, serviços esses de importância fundamental para a sociedade contemporânea, tais como de telecomunicações, informática, transportes, financeiros, etc².

Essas relações econômicas não são mais tratadas por meros comerciantes da era do mercantilismo, que estavam, sob chancela do Estado Absoluto, em busca de especiarias orientais para comercializarem na Europa renascentista. Na sociedade moderna, essas relações econômicas são travadas por empresários que movimentam milhões de dólares em todo o mundo, ora globalizado.

Todavia, nosso direito, ressalvada a Lei das Sociedades Anônimas³, que já teria adotado a teoria da empresa⁴, ainda trata esses homens de negócios como os comerciantes do século XV e XVI. Além do que, não reconhece o *ato empresarial* que envolve todas as atividades econômicas organizadas, desde a produção até a circulação de bens e prestação de serviço.

Acresça-se, ainda, que as *empresas*, ao contrário das sociedades comerciais, principalmente

¹ Para FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*, p.107, tal distinção perdeu sentido, no direito nacional, desde 1875, quando desapareceu a distinção entre a jurisdição civil e comercial.

² AGUIAR, Marcelo. Prosperidade leva nova era à economia dos EUA. *O Globo*, 17 ago. 1997. p. 44, informa que o setor de serviço já responde por 80% da produção americana.

³ LOBO, Jorge. *Anteprojeto de Lei das Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada*, p. 35, em proposta enviada à Comissão de Juristas encarregada para elaborar o projeto de lei em referência, manifestou a necessidade de "... a limitada, tal qual a anônima, ser sempre comercial, qualquer que seja o seu objeto, sabido, de antemão, que quase todas as legislações a consideram comercial, independentemente do objeto."

⁴ LAMY, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*, p. 146-147, expõem que a Lei das S/A é a lei da grande empresa e do empresário empreendedor.

as por cotas de responsabilidade limitada, cada vez mais tornam-se despersonalizadas da figura dos seus sócios⁵. Há, nas empresas contemporâneas, uma infinidade de sócios que jamais se viram, sendo apenas meros investidores de capitais. Essas empresas, com a era da "globalização e da regionalização de mercados", têm suas atividades espalhadas por todo o globo, ou em mercados internacionais regionalizados em seus respectivos continentes⁶.

Independente de tudo isso, o nosso direito positivo aos poucos vem consagrando a denominada teoria da empresa, cuja meta é transformar as relações comerciais em relações empresariais. E assim, igualmente, tem procedido a nossa jurisprudência, reconhecendo a teoria da empresa em nosso meio⁷.

2. A figura do comerciante e a falência

Salienta-se que, com o advento da Revolução Industrial e o surgimento da máquina a vapor, do telefone, da ampliação e desenvolvimento da navegação marítima e aérea, da expansão ferroviária e da intensificação das prestações de serviço nas grandes metrópoles, uma série de transformações ocorreram no mundo empresarial, deixando a agricultura e o comércio de produtos manufaturados de serem o ponto central da atividade econômica, para cederem seus lugares às novas atividades ligadas ao avanço tecnológico decorrentes da Revolução Industrial⁸. Pode-se dizer, portanto, que a empresa e a atividade empresarial surgem com a Revolução Industrial, quando, a partir de então, substituem o comércio de mercadorias e o comerciante do apogeu das atividades econômicas.

⁵ Michel DESPAX, *L'entreprise et le Droit, librairie générale de droit et de jurisprudence* e RICHARD, Efraim. *La conservation de la empresa*.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*, p. 38-46, demonstra que, neste século, o processo de globalização tem na grande empresa multinacional o seu ponto de estruturação, inclusive nos mercados regionalizados ora em plena evolução.

⁷ RT n. 536, p. 126, n. 555 p. 191, n. 565 p. 174 e n. 566 p.170.

⁸ SANT'ANNA, Rubens. *A falência da empresa*, p. 34, salienta que, de fato, *a empresa é um fenômeno que surgiu com a Revolução Industrial, com o desenvolvimento econômico e dos processos de produção*.

Assim, outras atividades, além do comércio, passam a ter vulto na ordem econômica⁹.

Entretanto, o direito nacional, desde a virada do século passado até agora, próximo ao novo milênio, não acompanhou de perto as evoluções decorrentes da Revolução Industrial. Exemplo disso é a própria lei de falências, que, em plena década de 40¹⁰, dispensava aos homens de negócio, no país, o mesmo tratamento próprio dado aos comerciantes da era do mercantilismo; só que os tratava pela prática habitual de atos de comércio, conforme influência, extremamente objetivista, herdada do Código Comercial francês de 1807¹¹.

O direito brasileiro estava, até então, assentado na figura do comerciante, cuja noção está vinculada à prática de ato de comércio. Então, somente os que praticavam tal ato, com frequência e de forma profissional, eram considerados comerciantes.

Nesse contexto, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-1945 (Lei de Falências), por força de seu art.1º, restringiu à sua aplicação apenas aos

⁹ LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., p. 23, explicam que a empresa se desenvolveu e expandiu após a Revolução Industrial.

¹⁰ A década de 40 pode ser considerada como a 2ª fase da Revolução Industrial, quando passamos a intensificar as concentrações econômicas e a busca de novos mercados internacionais. Nesse sentido, SANTOS, Theotônio dos. *Economia mundial, integração regional & desenvolvimento sustentável*, p. 33, manifesta que: "... A partir de 1945 a humanidade assistiu a um forte processo de integração dos sistemas produtivos mundiais. No Ocidente, as empresas multinacionais articulam um sistema complexo de produção a partir de diferentes pontos do globo, realizam um gigantesco movimento de capital em nível internacional, expandem drasticamente os serviços e o mercado de capitais e financeiro. ..."

¹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, p. 38-39, explica que o Código Comercial brasileiro de 1850, evitando controvérsia verificada no direito francês quanto a serem os atos de comércio enumerados na legislação comercial de índole exemplificativa ou taxativa, adotou "o sistema acentuadamente subjetivo" quanto à definição de comerciante a quem faz da mercancia profissão habitual. No entanto, entendemos que, apesar de o Código Comercial estar influenciado pela teoria subjetivista, pautada na pessoa do comerciante, o seu Regulamento nº 737/1850, ao enumerar os atos de comércio, adotou a teoria objetiva ao considerar mercadores as pessoas que praticavam os atos de comércio definidos na legislação comercial. Assim, ao nosso ver, o direito pátrio

comerciantes¹², excluindo de sua incidência os devedores civis.

É imperioso registrar que a definição de comerciante, como realçou Costa (in: *Revista:II* 265), é mais uma questão política, que o legislador usa sem qualquer critério, isso porque o Código Comercial não nos dá uma definição segura de comerciante.

Com efeito, o Código Comercial brasileiro, em seu art. 4º, apenas refere que *comerciante* é quem "... faça da mercancia profissão habitual", i.e., em outras palavras, quem pratica o ato de comércio. Essa previsão segue a linha adotada no Código Comercial francês de 1807, que, em seu art. 1º, previa: "são comerciantes aqueles que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual".

Então, o comerciante pode ser definido como a pessoa natural ou jurídica que exerce com habitualidade atividades mercantis¹³. O exercício das atividades mercantis está relacionado com a prática, profissional, *habitual* (art. 4º CCo.), dos atos de comércio¹⁴, relacionados no art. 19 do Regulamento 737/1850¹⁵.

Saliente-se, ainda, que a atividade comercial pode decorrer de imperativo legal, tal como ocorre com as sociedades anônimas (art.2º, § 1º da Lei 6.404/76), as empresas de construção (art. adotou um sistema misto, por levar em conta (i) a pessoa do comerciante, aquele que pratica com habitualidade atos de mercancia, (ii) bem como considerar os atos de comércio, definidos na legislação como referencial para se definir a mercancia, independentemente da enumeração dos atos de comércio prevista no Regulamento nº 737/1850, serem de natureza exemplificativa, como entende o mestre Requião, ou taxativa.

¹² PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, p. 41 e seg., expõe que a lei falimentar brasileira teria adotado o sistema latino, consagrado por meio do Código Comercial francês de 1807, em que a falência se aplicaria apenas aos reconhecidamente comerciantes, ao contrário dos sistemas adotados na Alemanha e Inglaterra, onde se estendeu a falência tanto às sociedades comerciais, como às civis.

¹³ *Ibid.* p. 86.

¹⁴ Como expõe FICHER, José Flávio Bueno. *Sociedades civis e sociedades comerciais* : aspectos distintivos, as atividades desenvolvidas pelos comerciantes caracterizam-se pela (i) intermediação, (ii) habitualidade, (iii) emprego de capital e (iv) busca de lucros, bem como, ressaltamos, que estas atividades devem ser exercidas (v) de forma profissional.

¹⁵ LACERDA, J. C. Sampaio. *Manual de Direito Falimentar*, p. 35.

1º da Lei 4.068/62) e o incorporador imobiliário (art. 43, III da Lei 4.591/64), que pode ser declarado falido.

Infere-se, destarte, que *comerciantes* seriam (i) todos aqueles que praticam, profissionalmente, atos de mercancia ou (ii) as pessoas assim consideradas por força legal.

No entanto, RAMALHO (1989:33) adverte que “a tendência do direito moderno é a substituição do substantivo *comerciante* por *empresário*”¹⁶, uma vez que, assim pensamos, *a empresa e, por conseguinte, o empresário passam a dominar o novo cenário econômico*, ora totalmente influenciado pela globalização em franca evolução¹⁷, ao contrário da figura do comerciante, que tem sua origem na era renascentista, do mercantilismo e das expansões comerciais, em que se colocava, volta-se a repetir, “na busca de sedas e especiarias orientais para comercializarem no mundo ocidental”.

Portanto, doravante, *é na pessoa do empresário*, aquele que pratica atividades econômicas de forma organizada – *independente da mera comercialização de mercadorias, mas responsável e envolvido com todo o ciclo de produção, comercialização e prestação de serviço*¹⁸ –, *que deverão recair as atenções do direito comercial*, que por ora, em decorrência

¹⁶ E influenciado pela teoria da empresa, RAMALHO, Rubens. *Curso teórico e prático de falência e concordata*, p.35, amplia o conceito de comerciante ao manifestar que “comerciante é a pessoa que exerce, profissionalmente, atividade econômica de produção e de circulação de bens móveis e semoventes e serviços.”

¹⁷ Como manifesta GONÇALVES, Reinaldo. *Ô abre-alas : a nova inserção do Brasil na economia mundial*, p. 55, “... o progresso tecnológico e as mudanças organizacionais das duas últimas décadas levaram, simultaneamente, à aceleração dos processos de interacionalização da concorrência em escala mundial (*a chamada 'globalização'*). ...” (nossos grifos)

¹⁸ FERREIRA. *A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do Direito Comercial*, p. 40-41, justificando que a ampliação do conceito de empresa englobaria atividades, até então, consideradas fora do alcance do direito comercial, manifestou que: “Ora, para alargar-se esse âmbito ter-se-á que invadir o âmbito do direito civil, de modo a trazer para aquele (o direito comercial) o agricultor, o pecuarista, o que explore a propriedade imóvel, a fim de retalhá-la e revendê-la em lotes, com o intuito de lucro, e isso até profissionalmente, etc. Será, para esse escopo, mister atribuir à empresa conceito tal que possa envolver aquelas atividades econômicas”.

desses fatos, é por muitos denominado de direito empresarial¹⁹.

3. Da distinção entre as sociedades comerciais e as civis

De antemão, ressalta-se que, a distinção entre as obrigações comerciais e civis das sociedades referidas, decorre das codificações do século XVIII e XIX, uma vez que, como manifesta Pacheco (1979:8):

“... de início, o Direito era único, abrangendo todas as matérias, desde a administrativa, econômica, militar, penal, civil e judicial.

(...)

No século passado, *em que a codificação se impõe*, como forma de autodeterminação dos povos, por influência da Revolução Francesa, Revolução Comercial, Industrial e Intelectual, *surgiram os códigos civis, criminais e comerciais*, aqueles dois prestigiados pela herança romano-canônica-universitária, e estes pelo ímpeto, descortino, desassombro e agressividade dos empresários. ...” (Nossos grifos)

No entanto, muitos juristas, entre estes pode ser destacado Teixeira de Freitas, pregavam a unidade do direito privado²⁰, não devendo existir tratamento diferenciado entre obrigações civis e comerciais.

A idéia de unificação do direito privado foi acolhida por legisladores de vários países, tais como os da Suíça, Polônia e Itália²¹, já que a distinção entre as obrigações comerciais e civis era desprovida de qualquer fundamento lógico-científico, por serem aquelas obrigações próprias do direito privado, comum tanto aos comerciantes quanto aos não-comerciantes.

Contudo, ao contrário de outros países, o direito pátrio, até então, não teria unificado as obrigações comerciais e civis, dispensando,

¹⁹ BULGARELLI, Waldídirio. *Perspectivas da empresa perante o Direito Comercial*, p. 12.

²⁰ MEIRA, Sívio. *Teixeira de Freitas, o juriconsulto do Império* : vida e obra, p. 131, comentando sobre o esboço de código civil desenvolvido por aquele saudoso jurista pátrio, expôs que para ele: “o direito civil é tomado em conjunto com o direito comercial, *como se fora um só corpo*.” (nossos grifos)

²¹ PACHECO. *Empresário : pessoa e patrimônio*, p. 8.

assim, tratamento diferenciado entre aqueles que praticam ato de comércio e os que executam atividades consideradas civis.

Se a atividade desenvolvida não apresentar nenhum dos caracteres próprios dos comerciantes, como acima já destacado, ou não for definida em lei como comercial, ela deverá ser considerada como de natureza civil. Entretanto, é árduo o mister de diferenciar a atividade mercantil da atividade civil²².

Realça-se que a diferenciação entre as sociedades comerciais e as civis deve ocorrer não pelo modo como estas foram constituídas, *mas, sim, pela natureza das operações habitualmente praticadas por elas*, como, de longa data, já se teria posicionado a jurisprudência do antigo Superior Tribunal de Justiça, por meio de *decisum* datado de 25-6-1862²³.

Verifica-se, então, que a distinção entre as sociedades civis e as sociedades comerciais, como manifesta Borba (1986:29), repousa sobre o objeto social, de modo a ser importante, ao nosso ver, apurar-se, *de fato*, qual o verdadeiro objeto social praticado pela sociedade, para concluir se ela é comercial ou civil.

Todavia, há determinadas sociedades que praticam, ao mesmo tempo, atividades consideradas de natureza comercial, como também atividades de natureza civil, as quais são consideradas como de objetos mistos. Nesses casos, como ensina Requião (1983:46), *deve prevalecer a atividade preponderante*, i.e., *A ATIVIDADE PRINCIPAL EXERCIDA, mesmo que tal atividade seja exercida DE FATO, contrariamente ao objeto previsto no contrato social*.

Assim tem-se posicionado a jurisprudência, *in verbis*:

“SOCIEDADE CIVIL – FALÊNCIA – ADMISSIBILIDADE – HIPÓTESE EM QUE EXERCE HABITUALMENTE ATOS DE INTERMEDIÇÃO DE PRODUTOS COM INTUITO DE LUCRO – CARACTERIZAÇÃO COMO COMERCIANTE DE FATO – SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DA LEI DE QUEBRAS.

Se a sociedade estatutariamente definida como civil exerce habitualmente atos de intermediação de produtos com intuito de lucro, *caracteriza-se como comerciante de fato*, sujeitando-se, portanto, à

lei de falências, que se dirige aos comerciantes em geral, e não apenas àqueles que tais se matriculam.” (RT 632/100. Nossos grifos)

“Falência – Sociedade Civil – Prestadora de serviços de pintura – Prática habitual de atos de comércio que desvirtuam a sua finalidade eminentemente civil – sujeição à quebra.” (TJ/SP, Ac. 166177-1, rel. des. Cunha de Abreu, j. em 30.04.92, Jurisprudência Informatizada Saraiva nº 11)

“Falência. Sociedade civil que não pratica atos de comércio – Incorrência – Hipótese em que a devedora é empresa do ramo de construção civil que exerce com habitualidade e fim lucrativo – Natureza mercantil – *Extensão da Lei de Falências à sociedade civil quando, apesar do nome rotulado, os atos praticados são todos de comércio caracterizados pela habitualidade* – Extinção afastada – Recurso provido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo – Jurisprudência Informatizada Saraiva nº 11. Nosso grifos)

“Engenheiro arquiteto não é explorador de empresa mercantil, pois aplicava os materiais comprados nas construções que fazia por empreitada; não os revendia, não os manipulava para revenda. Falta à sua atuação, por isso, o característico da comercialidade.” (RT 101, p. 125)

Com efeito, verifica-se, nos julgados acima, a preocupação da jurisprudência em se apurar a *verdade real* quanto ao exercício freqüente da atividade mercantil, com intuito de lucro, nas sociedades examinadas.

Todavia, ressaltamos que, no caso de a pessoa, seja física ou jurídica, exercer qualquer atividade mercantil, independentemente de ser esta atividade principal ou não, na consecução de seus negócios, *a ela deverão ser estendidas as regras próprias dos comerciantes*, por exercer esta pessoa atividade própria daqueles (intermediação de bens), e, assim, como tal devem ser tratadas.

O mais importante em tudo isso é que sempre deve ser levada em consideração a figura do *empresário*, i.e., o provedor de negócios com fins econômicos; dessa forma, excluindo-se qualquer tratamento diferenciado que possa existir entre os praticantes de atividades comerciais ou civis, haja vista que, pela ordem consti-

²² FISCHER, op. cit., p. 30.

²³ apud MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*, v. 3, p. 49.

tucional ora vigente no país²⁴, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o que, por si só, é suficiente para demonstrar, no estágio atual, a inutilidade da distinção entre as sociedades comerciais e as civis e, por conseguinte, os efeitos daí advindos.

4. A teoria da empresa e sua importância

Com o reconhecimento da teoria da empresa, em que se dá prioridade à organização dos fatores de produção para a criação ou circulação de bens e serviços, perdeu sentido a distinção entre as sociedades comerciais e civis, porque, como esclarece Borba (1986:26), “a teoria da empresa passaria a informar esse novo critério diferenciador”²⁵.

Nesse cenário, *o empresário passa a assumir o papel principal*, como aliás reconhecem o Código Civil Italiano de 1942, em seu art. 2.082²⁶, o Projeto do novo Código Civil Brasileiro²⁷, já aprovado pelo Senado Federal, em seu art. 969²⁸, e também o Projeto de Lei nº 4.376-A, de 1993, que regula a falência, a concordata pre-

²⁴ Caput do art. 5º da C.F/88.

²⁵ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*, p. 78, explica que, no avanço da teoria da empresa, “o código civil italiano de 1942, tentando fazer a unificação do direito privado, tomou como agente da profissão comercial não o comerciante, pessoa física ou jurídica, mas a empresa comercial, ou seja, o conjunto de pessoas, capital e trabalho, que se dedica às atividades de produção e circulação dos bens” (nossos grifos)

²⁶ ASQUI, Alberto. *Perfis da empresa*, p. 109.

²⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. *El concepto de empresa en Derecho brasileño*, p. 47.

²⁸ BULGARELLI *Tratado de Direito Empresarial*, p. 15-16, assevera que “o projeto de código civil, em resumo, marca o abandono do sistema tradicional consagrado pelo código comercial atual, baseado no comerciante e no exercício profissional da mercancia, trocando-o pela adoção do sistema do empresário e da atividade empresarial e, ainda, formalizando a unificação das obrigações e, portanto, extinguindo-se a dualidade existente. (...) A profundidade das alterações pretendidas diz respeito não só à unidade obrigacional, sem distinção entre atos civis e mercantis. (...) O direito não mais considerará o comerciante e os atos de comércio como peças angulares, como ocorre no sistema atual, pois que o fundamento da qualificação do empresário não será, como agora, ‘o exercício da mercancia’ (art. 4º do CCo.) e, sim, a empresa como noção referível à atividade econômica organizada de produção de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente.” (nossos grifos)

ventiva e a recuperação da empresa²⁹. Desse modo, o empresário, ao invés do comerciante, passa a ser o sujeito passivo da falência, como manifesta Abrão (1989:47). Então, *as sociedades de objeto civil não encontrariam mais as restrições que lhes eram impostas*, porque não estaria mais em pauta a prática de atos de comércio, mas, sim, de atividade econômica organizada, desde a produção, a comercialização e prestação de serviços com fins especulativos, ou seja, *a prática de atos empresariais*.

A propósito, registra-se que há muito tempo, na doutrina comercialista, discute-se a conveniência ou não de se estender o concurso falimentar aos devedores civis; entre estes autores destacam-se Guimarães (1940:09) e Lacerda (1959:16).

Nesse sentido, em linha com a evolução da teoria da empresa, importantes legislações estrangeiras, como a Lei nº 67-563, de 13-7-1967, na França, onde se promoveu a reforma do direito falimentar, estenderam *os efeitos da falência aos não comerciantes*³⁰.

Nesse passo, cumpre esclarecer que o Projeto de Lei nº 4.376-A, de 1993, de autoria do Poder Executivo, que objetiva alterar a legislação falimentar brasileira, incluía, no campo de incidência da falência, da recuperação da empresa e da concordata, as sociedades civis,

²⁹ Assim, pode-se verificar na redação do seu art. 1º, com nova redação dada pela emenda substitutiva do Deputado Adroaldo Streck, em que se substituiu, da redação original do texto enviado pelo Executivo, a expressão “... das pessoas jurídicas ...” por “... das empresas ...”. Na justificação de sua emenda, o Deputado Adroaldo Streck manifestou que: “a denominação empresa está mais adequada à nova sistemática adotada pelo substitutivo, acompanhando inclusive a noção mais atual contida nas legislações falimentares de outros países, como França e Alemanha. (...) Também a doutrina moderna encampada por ilustres juristas já entende que o termo empresa substituiu em grande parte a expressão comerciante ou sociedade comercial, designando toda a atividade econômica, mesmo se ela não tem por fim imediato a realização de lucros.” (nossos grifos)

³⁰ COMPARATO. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, p. 117, comentando sobre a extensão da lei de falências francesa aos não comerciantes, manifesta que houve um exagero naquela legislação, pois ela não visa somente às sociedades civis propriamente ditas, i.e., às pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos, mas abarcou também qualquer tipo de pessoa jurídica de direito privado, o que na visão do eminente professor “representou seguramente um excesso”. (Nossos grifos)

como estava disposto na redação inicial do seu art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º. Ficam sujeitos à falência e podem requerer concordata preventiva e recuperação da empresa a *pessoa jurídica de natureza civil* que explore atividade econômica e o devedor individual que a exerce, em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo de produzir bens ou serviços para o mercado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos pequenos comerciantes dispensados por lei da escrituração, aos cultivadores diretos da propriedade rural, aos que prestam serviços ou exercem atividade profissional organizada, preponderantemente com o trabalho próprio e membros da sua família, aos artesões e aos profissionais liberais e às suas sociedades civis de trabalho.”³¹ (nossos grifos)

Na exposição de motivos do projeto de lei de falências referido, o então Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, manifestou que:

“(…) Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não poderia mais atender aos reclames da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei mais ágil e moderna.

(…)

Pelo anteprojeto, ficam sujeitas à falência, reservada tradicionalmente aos comerciantes, AS PESSOAS JURÍDICAS DE NATUREZA CIVIL e o devedor individual que

³¹ Após o projeto de lei em referência passar, em 25-3-1998, pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, o mesmo ficou com a seguinte redação:

“Art. 1º Esta lei institui e regula a recuperação e a liquidação judicial das *sociedades comerciais e civis* de fins econômicos e das pessoas físicas que exerçam atividades econômicas em nome próprio e de forma organizada, com objetivo de lucro.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:

I. aos agricultores que explorem propriedade rural para fins de subsistência familiar;

II. às sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada e aos que prestam serviços ou exerçam atividade profissional autônoma, de forma individual ou organizada.

(…)” (nossos grifos)

explorem atividades econômicas, este quando o faça em nome próprio e de forma organizada, com a finalidade de produzir bens ou serviços para o mercado. (...)”³² (nossos grifos)

Então, com o reconhecimento da empresa e da figura do empresário, há um rompimento com o tratamento desigual existente entre os praticantes de atividades comerciais e civis; passando todas as atividades econômicas, exercidas de forma produtiva e profissional, a serem consideradas como únicas, ou seja, atividades empresariais.

5. A adoção da teoria da empresa no Brasil e seus efeitos

A teoria da empresa já se faz sentir há algum tempo em nosso ordenamento jurídico, como pode-se verificar por meio da atual Lei das S/A (Lei nº 6.404/76), especificamente aplicável para as associações que adotem a forma de sociedade anônima.

Com a vigência da Lei nº 8.934, de 18-11-1994 (DOU de 21-11-1994), que dispõe sobre o Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins, a teoria da empresa, *de forma geral*, foi acolhida em nosso direito positivo, *vez que esta lei é extensível a todas as formas de associação ou exercício de atividade individual com fins lucrativos, INDEPENDENTEMENTE DO OBJETO PRATICADO*³³.

Cumprir registrar que o Deputado José Carlos Aleluia, relator do Projeto que resultou na Lei nº 8.934/94, ao manifestar-se na Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, salientou que: “a principal inovação do Projeto diz respeito à mudança de denominação do registro do comércio para o registro de empresas mercantis, *fazendo prevalecer, portanto, a chamada ‘teoria da empresa’, em detrimento da ótica restrita de levar a registro apenas ‘atos de comércio’,*

³² LOBO, *Direito concursal*, p. 8-9, manifesta que um dos três aspectos mais importantes do direito concursal moderno reside “... na unidade da disciplina: um único regime jurídico para toda e qualquer classe de devedores, comerciantes ou não-comerciantes ...”

³³ O art. 2º da Lei 8.934/94 dispõe: “Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, *independentemente de seu objeto*, salvo as exceções previstas em lei.” (nossos grifos).

*cuja interpretação conceitual causa inúmeras controvérsias sobre a competência registral, repetido, com outras palavras, o voto do Deputado Roberto Magalhães, bem sintonizado com a ampliação do conceito de empresa: 'entendemos positiva a manifestação dessa inovação no projeto, pela qual a atividade comercial não se caracterizará mais pela prática de atos de comércio, mas pelo exercício profissional de uma atividade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços. Substitui-se, assim, o tradicional conceito de comerciante pelo conceito de empresa'*³⁴. (nossos grifos)

A lei em referência trata do Registro Público das Empresas Mercantis ao contrário da Lei nº 4.726, de 13-7-1965, *ab-rogada*, que regulava apenas o Registro de Comércio, i.e., era o registro próprio para os considerados comerciantes, seja em decorrência da prática de atos de comércio ou para os assim definidos em lei. *Nota-se, assim, que a intenção do legislador foi de recepcionar, em nosso direito, o ato empresarial em contraposição ao ato de comércio*, cuja conceituação tem-se mostrado polêmica por não ter sido fixada com clareza no direito positivo, levando, em conseqüência, a inúmeras controvérsias legislativas, como acima já realçado³⁵.

Por oportuno, esclarecemos que o ato empresarial é mais amplo que o ato de comércio, pois não envolve somente este, mas também o ato civil, considerando que ele está relacionado com a organização dos meios de produção para

³⁴ apud SANTOS, Theophilo de Azeredo. *A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos*, p. 05.

³⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falência*, p. 12, comentando acerca do sistema adotado no código suíço que determinou o registro único para todos os praticantes de atividades econômicas, independentemente de serem comerciais ou civis, bem como que a possibilidade de sua adoção no Brasil levaria a derrogação do art. 1.364 do C.C. brasileiro, expôs que: "... lembramos, o sistema do direito suíço, já obrigando àquele que exerce o comércio, explora uma fábrica ou qualquer outra indústria sob forma comercial a inscrever-se no Registro de Comércio, já permitindo que já nela se inscreva, e se torne, portanto, comerciante, *aquele que explora qualquer outra empresa ou mantém uma organização sob a forma comercial*. É claro que a adoção desse sistema importará na imediata revogação do artigo 1.364 do Código Civil, *que manda as sociedades civis, que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais inscreverem-se no Registro Civil.*" (nossos grifos)

a circulação de bens e serviços. Desse modo, o ato empresarial envolve toda a cadeia econômica, desde a produção, a circulação de bens e a prestação de serviços, desenvolvidas de forma organizada com vistas ao lucro e em pleno atendimento dos consumidores e de toda a sociedade³⁶.

Nesse passo, levando-se em conta o reconhecimento da teoria da empresa e do ato empresarial, a Lei nº 8.934/94 pôs fim à dicotomia entre sociedades comerciais e civis, *por conseguinte consagrando a unificação do direito societário*, englobando ambas as espécies.

Assim, todos os efeitos decorrentes dessa distinção perderam sentido, principalmente os referentes à não-extensão da lei de quebras aos empresários que desenvolvem atividades consideradas civis, que, por imposição legal, não poderiam ser declarados falidos³⁷.

O curioso é que o exercício de determinadas atividades civis, tais como a prestação de ensino e a corretagem de imóveis, opera, muitas vezes, recursos econômico-financeiros superiores aos de muitas pessoas consideradas comerciantes, como, por exemplo, as que exploram negócios de armarinho, armazém, padaria, bar, etc. No entanto, pelo fato de estes serem qualificados como comerciantes, *POR PRATICAREM ATOS DE COMÉRCIO, o direito positivo lhes dava tratamento diferenciado em relação àqueles que executam atos civis*.

Entretanto, no mundo moderno, em plena era da "globalização", *chega a ser um absurdo considerar como válida esta diferenciação discriminatória*, inclusive levando-se em conta a importância e o desenvolvimento das prestações de serviço no cenário econômico mundial, como referenciamos na nota de rodapé nº 02 acima, onde foi salientada a importância do setor de serviço na economia dos Estados Unidos da América do Norte, país líder na economia mundial.

Por isso, entendemos que, mesmo antes do advento da Lei nº 8.934/94, não deveria persistir mais tal diferenciação, entre as sociedades co-

³⁶ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. *Desenvolvimento da teoria da empresa - fim da distinção entre sociedades civis e comerciais*, p. 37-39.

³⁷ SANTOS, T. de A. *op. cit.*, p. 06, expõe que, salvo as exceções previstas em lei, as ditas sociedades civis, após a vigência da Lei nº 8.934/94, poderão requerer concordata, sacar duplicatas e ser declaradas falidas, sendo impróprio o arquivamento de seus atos junto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

merciais e as civis, no mundo jurídico, no que se refere aos efeitos estendidos a uma e a outra sociedade.

O direito e, acima de tudo, os seus aplicadores devem estar atentos às transformações ocorridas no mundo social. Com isso, evitar-se-iam *injustiças e diferenças injustificáveis*, como a ora mencionada, vez que assim deve-se posicionar o direito como controlador e transformador da sociedade³⁸. Portanto, nessa linha de pensamento, deve ser rechaçada, por exemplo, a situação esdrúxula de se denegar o deferimento de concordata preventiva a uma sociedade civil, que está atravessando má-situação financeira em decorrência da crise econômica, *só pelo fato de ela não praticar atos de comércio*. Com todo respeito aos que pensam de forma contrária, essa decisão deve levar em conta a *função social* a ser desempenhada pela sociedade civil, em que não só a pessoa jurídica e seus sócios estão envolvidos, *mas também seus empregados, fornecedores e tomadores de serviço que podem depender da sobrevivência dela para se manterem*³⁹.

Então, a *FUNÇÃO SOCIAL que a empresa desempenha* - não só no meio da sociedade empresarial constituída (i.e., na relação entre seus componentes societários), mas também fora de suas paredes, com relação aos empregados e suas famílias, seus fornecedores e seus tomadores de serviço que podem depender da sobrevivência dela - *é mais importante do que meras questões formais, desprovidas, hoje, de qualquer sentido prático e objetivo, como as restrições criadas em decorrência da dicotomia entre sociedades comerciais e civis, apoiada no já ultrapassado dogma do exercício dos atos de comércio, em que se estende direitos a uns em detrimento de outros*.

Sendo assim, o direito pátrio, em boa hora, mediante a Lei nº 8.034/94, dissipou a ultrapas-

³⁸ OLIVEIRA, *O Direito como instrumento de controle social ou como instrumento de mudança social?* p.377-381.

³⁹ LOBO, *Dir. Conc.* p. 6, informa que a preocupação com os interesses sociais da empresa e o princípio de sua conservação levou a reforma da legislação concursal em vários países, entre eles a França e os Estados Unidos. E destaca, ainda, que o interesse maior do Estado "... passou a ser com a sorte da empresa, devido ao interesse público em conservar-se um organismo produtor de riquezas e empregador de mão-de-obra e não mais tanto com os direitos dos credores, embora estes continuem a merecer especial tratamento legal."

sada diferenciação existente entre as sociedades comerciais e civis, a qual, voltamos a repetir, é desprovida de qualquer critério científico, como manifestado por Pereira (1978:395-396).

Destarte, salientamos que, quando se verificar, na legislação, qualquer referência à expressão *comerciante*, como ocorre, por exemplo, no art. 1º da Lei de Quebras brasileira, esta expressão deve ser considerada como *empresário*, por conseqüência, *sendo aplicada esta norma, tanto às pessoas que praticam atos comerciais, como às praticantes de atos civis*.

6. Conclusão

Portanto, com o reconhecimento legal da teoria da empresa no país, chega-se ao fim da discussão acerca da dicotomia entre sociedades civis e comerciais, adotando-se o ato empresarial como objeto das sociedades de fins econômicos; sendo estendidos também os direitos, antes próprios dos comerciantes, àqueles que praticam atividades ditas como civis, desde que organizados de forma produtiva⁴⁰, ressalvadas, entretanto, as determinações, previstas em lei especial, em sentido contrário.

Desse modo, os efeitos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-1945, deverão ser aplicados a todos os empresários e não somente aos comerciantes como até então. Assim sendo, *é juridicamente possível*, hoje, as sociedades empresariais, que executam atividades consideradas de natureza civil, serem declaradas falidas, como igualmente requererem concordata preventiva perante o sistema jurídico nacional.

Bibliografia

- ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito falimentar*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- ASQUI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 104.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1986.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1969.

⁴⁰ Aqueles que prestam serviços intelectuais, de natureza científica, literária e artística, ainda que com auxílio de terceiros, sem uma organização produtiva empresarial, bem como os produtores agrícolas que produzem para sua subsistência estariam fora dessa situação, por não exercerem atividade empresarial.

- BUNGARELLI, Waldírio. A Perspectivas da empresa perante o Direito Comercial. *Estudos e pareceres de Direito Empresarial* O direito das empresas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Tratado de Direito das empresas*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 732.
- CORRÊA, J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1979;
- COSTA, Wille Duarte. *Comerciante : ampliação do conceito*. *Revista da Faculdade Milton Campos*, Belo Horizonte, v.2.
- DESPAX, Michel. *L'entreprise et le droit, librairie générale de droit et de jurisprudence*. Paris, 1957.
- GONÇALVES, Reinaldo. *Ô abre-alas : a nova inserção do Brasil na economia mundial*. Rio de Janeiro : Relume- Dumará, 1994.
- GUIMARÃES, Hahnemann. A falência civil. *Revista Direito*, v.6, 1940.
- FISCHER, José Flávio Bueno. Sociedades civis e sociedades comerciais : aspectos distintivos. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 25, n. 64, maio/ago. 1992.
- FERREIRA , Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1944. v. 1.
- _____. *Tratado de sociedades mercantis*. Rio de Janeiro : Ed. Nacional de Direito, 1958.
- _____. A elaboração do conceito de empresa para extensão no âmbito do Direito Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 158, p. 40.
- HOYOS TURRIAGO, Alvaro. Teoría sobre el empresario innovador de capital humano en América Latina. *Revista Universidades*, jul/dic. 1994.
- LACERDA, J.C. Sapaio. *Manual de Direito Falimentar*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1959.
- LAMY, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S/A*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
- LOBO, Jorge. Anteprojeto de lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 66.
- _____. *Direito Concursal*. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas : o jurista do Império : vida e obra*. 2. ed. Brasília : Cegraf, 1983.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Commercial brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Jornal do Comércio, 1930.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Desenvolvimento da teoria da empresa : fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 103.
- _____. O Direito como instrumento de controle social ou instrumento de mudança social? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 6. ed. Rio de Janeiro, 1995.
- _____. *Empresário : pessoa e patrimônio*. São Paulo : Saraiva, 1979. 1º v.;
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978. v. 3.
- RAMALHO, Ruben. *Curso teórico e prático de falências e concordatas*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1989.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 1983. v. 1.
- RICHARD, Efraín. La conservación de la empresa. In: *ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA. Anales...* Cordoba, 1996. v. 25.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo : Acadêmica, 1931.
- SANT'ANNA, Rubens. A falência da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 64.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo. A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos. *Caderno Especial da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro*, n. 26.
- SANTOS, Theotônio dos. *Economia mundial, integração regional & desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Petrópolis : Vozes, 1995.
- SILVA, Clóvis do Couto e. El concepto de empresa en Derecho Brasileño. *Revista de Del la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, Rosario, v. 7/9.
- VALADÃO, Alfredo. O Direito Comercial em face do projeto de código civil : unificação do direito privado. São Paulo : Tipográfica Salesiana, 1902.
- VALVERDE, Trajano Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, n. 4.

Do injusto ônus processual para se executar obrigação pecuniária

LUIZ O. AMARAL

É oportuno, agora que se propala uma revisão do Código de Defesa do Consumidor e ainda no espectro das reformas do CPC, discorrer-se acerca das dificuldades e dos efeitos reversos do nosso processo de execução, notadamente no que tange à *obrigação de pagar*, de devolver dinheiro, a chamada *execução por quantia certa*, que se torna mais tortuosa que o próprio processo de conhecimento, máxime se o devedor é empresa (dificuldades decorrentes de sua própria natureza jurídica e econômica, entre outras), pois até na falência ela (ou o empresário) logra vencer de fato, mesmo sendo condenada de direito.

O processo de execução visa, em princípio, proporcionar ao credor resultado prático igual ao que obteria se o devedor cumprisse desde logo sua obrigação. No caso de tal obrigação ter por título executivo uma sentença, podemos dizer que há outro importante escopo para aquele processo, a saber, a atuação prática e efetiva da norma jurídica individual concreta veiculada na sentença (e vale dizer: atuação da vontade da lei também) que conheceu e pôs fim ao litígio. Ambos os desideratos deviam e devem ser buscados, sobretudo pelos magistrados com o afincio de quem carece demonstrar diuturnamente a alta razão de ser de seu mister profissional e de quem não perdeu a consciência de seus objetivos. Não obstante a longa esgrima processual no chamado *processo de conhecimento*, que, a rigor, deveria incorporar a pressuposição não só do conhecimento, mas também *da satisfação* (do já conhecido e reconhecido) do jurisdicionado vitorioso, há ainda outra peleja: o processo executivo (outro processo dentro da mesma demanda que visa, não a sentença, não a título, mas a satisfação de direito)

Luiz Otavio de Oliveira Amaral é Advogado militante, Professor de Direito em Brasília e ex-Assessor de Ministros da Justiça e da Desburocratização/PR.

deveria ser, por isso mesmo, exceção à regra do cumprimento automático da decisão judicial, estímulos deveriam ser previstos na lei e nas sentenças para tanto, e não ao inverso, como se dá na prática diária do fórum. Execução de sentença só mesmo na hipótese de obrigado, de devedor (ao credor, ao Direito e à comunidade civilizada pela Justiça estatal) renitente, contumaz (2 ou 3 vezes) na via executiva, que por isso mesmo teria este seu péssimo hábito sancionado com as conseqüências da declaração (em todas as demais execuções: reincidência específica civil) de litigância de má-fé (coisa rara entre nós ou inércia legal-judicial?!). É o bolso que move a procrastinação executiva; logo, o antídoto para o mal há de se voltar contra o bolso do procrastinador reincidente.

A lei processual vem de distinguir, segundo a natureza da prestação devida: a execução para entrega de coisa (art. 651, segs.CPC); execução das obrigações de fazer e de não fazer (art. 632 e segs.), entre as quais tem destaque a de emitir declaração de vontade (art. 639 a 641) e por fim a execução *por quantia certa*, desdobrada conforme seja solvente (art. 646 e segs.) ou insolvente (art. 748, segs.) o devedor. Do ponto de vista do credor-exeqüente, ou da razão última da execução judicial, o que se busca é a satisfação tão rápida quanto possível do direito subjetivo, não importando muito as classificações teóricas dos instrumentos para se alcançar esse objetivo.

De toda sorte, a execução forçada (e processualmente toda execução será forçada), que contrapõe-se à execução voluntária da obrigação (expressa na sentença ou noutro título), ocorre quando se dá a inexecução da obrigação, seu inadimplemento. É a instrumentalidade do direito processual que garante, subsidiária e secundariamente, por meio da execução forçada, processual, ou imprópria, satisfazer inteiramente o direito subjetivo e dar efetividade plena ao preceito concreto de direito material. Assim pode-se dizer que tal execução só tem lugar quando malogram as forças coativas internas da própria obrigação, que, aliás, amiúde falham em se tratando de obrigação pecuniária de empresas ou de quem troca o deságio ético pela vantagem econômica da protelação processual.

É louvável a evolução dos sistemas executivos através dos tempos: da execução corporal dos romanos, da execução universal da *missio in bona* e da infâmia ao insolvente medieval, hoje há o respeito à pessoa e ao patrimônio do devedor (vide o bem de família). Todavia, o

nosso cotidiano forense tem demonstrado que se invertem os valores e as razões práticas da execução forçada, que está longe de *garantir a satisfação do direito do credor e a atuação da lei da sentença/acórdão*, para bem mais promover os interesses protelatórios, já por mera *chicanas*, já por espírito de emulação e quase invariavelmente por patético estímulo econômico; assim é que, com os juros e outros ganhos no mercado financeiro sempre acima das taxas legais, só os assalariados e consumidores, os hipossuficientes de nossa estrutura social, estão jubilados desta escola de lucrativa incivilidade. A infâmia agora se volta contra o devedor e contra a justiça de nossos dias. Esse desserviço jurídico e cívico se verifica nas execuções em geral; contudo, mais naquelas desprovidas dos eficientes meios de coerção psicológica, que aceleram a vontade na adimplência (voluntária) quase espontânea e previnem a satisfação substitutiva pela estatal (a invasão patrimonial).

O ideal na execução é a equivalência não só econômica, mas também jurídica, entre o adimplemento e a própria execução enquanto atividade do Estado-juiz substitutiva da vontade do obrigado. De sorte que na falência dos meios morais e sócio-jurídicos conducentes à pronta execução espontânea das obrigações em geral (entre nós, no entanto, esses meios parecem mais voltados à inexecução até *in judicium*) é que desponta a execução processual, de caráter secundário (aliás como toda jurisdição), de último instrumento lícito para forçar a satisfação do direito material, ou seja, tensão entre força estatal e força individual visando à expropriação patrimonial contra o devedor resistente.

Esta derradeira e agressiva (mais para os fracos que para os fortes) fase da execução das obrigações, a execução forçada, daí por que processual (substitutiva da força individual, tendência natural, mas socialmente vedada), é que vem merecendo maior reflexão dos processualistas, notadamente nas obrigações caracterizadas por desembolso financeiro, máxime quando o obrigado é um hipersuficiente, um não-assalariado, um não-consumidor (empresas incorporadoras, construtoras, bancárias...). Nesse quadro, é habitual, quase cultura forense, a inversão de valores e objetivo do processo de execução, que deixa de ser o remédio derradeiro para ser o melhor e mais recomendado tratamento daquelas obrigações de devolver quantia certa, de ressarcir, de pagar... A advertência de Nietzsche: "A mais comum forma de estupidez

humana é esquecer o que a gente está tentando fazer”, é bem apropriada à temática em foco. Não podemos, com efeito, esquecer-nos de que o ideal, o salutar é o cumprimento espontâneo, voluntário das obrigações, porque mais rápido e menos violento. Esse distanciamento dos objetivos, aliado ao excesso de trabalho repetitivo que gera o embotamento mental, funcional e logo a indolência operacional, é sempre bem aproveitado pelo devedor, com ou sem o pálio de teorias pseudojurídicas; é “um lento exaurimento da consciência, que a torna aquiescente e resignada: uma crescente preguiça moral”, como diagnostica Cappelletti.

A satisfação forçada das obrigações deve ser desestimulada, por todos os meios e por várias razões (desafogo da Justiça...). Em não se podendo evitar a demanda executiva, mal menor será reduzir-lhe a duração, até porque a cognição que se impunha já é matéria passada; isso é tanto mais verdade (e longamente depurada) em sede de execução de sentença. Se houver meios e modos de se incentivar judicialmente a vontade do obrigado para conduzi-lo à adimplência voluntária (ainda que compelida), isso será muito mais coerente com a liberdade volitiva e respectiva responsabilidade que deve imperar nos sistemas de direito contemporâneos. Disto são bons exemplos: a estreinte do Direito francês (cujo amplo espectro foi quase anulado entre nós) e as severas sanções do Direito inglês (*contempt of court*), tudo visando poupar ao credor (e ao Judiciário) as delongas e os desgastes com eventual ação executiva do que já foi julgado.

Vale dizer, já que a execução forçada tem mais atrativos (com ela ganha-se tempo e dinheiro, e isso até às vésperas da longínqua expropriação de bens) que a espontânea (isso porque esquecemos dos nossos objetivos primordiais), deve-se, ao menos, evitar a todo custo a situação limite e pouco nobre para a humanidade da substituição da vontade individual pela estatal, culminando com a invasão, *manu militari*, do patrimônio do devedor; tal agravo não deveria extrapolar sua necessária natureza de exceção (só admissível dada a virtual imperfeição do homem) à regra do cumprimento voluntário, espontâneo (o melhor dos ideais) ou *induzido* (*o ideal possível*), das obrigações e, *a fortiori*, as judiciais.

Toda sentença, aliás, deveria conter dispositivo mais eficaz (que a mera boa vontade) de desencorajamento de atos atentatórios à sua própria dignidade, que precisa ser preservada,

a qualquer preço, eis que é ponto central do travejamento político-social do Estado de Direito. Ora, se o particular, mediante sua autonomia privada, pode impor cláusulas penais, amiúde excessivamente onerosas, para pressionar a vontade do obrigado, por que o Estado-juiz também, e com maior prudência, não poderia impor contra-incentivos (para prevenir a violência da expropriação de bens, que deveria ser o último estágio da execução) àqueles atos atentatórios a tudo e a todos? Tal dispositivo desencorajador da perversão executiva seria aplicado de logo pela sentença, após o longo processo legal, repleto de garantias e seguranças que muitas vezes são habilmente manejadas por advogados (parciais que são) e se transformam, sob às vistas de boa parte dos magistrados (imparciais que são), em vantajosos duelos que só protelam a obrigação (e a exação judicial), sobretudo as pecuniárias.

A desconsideração da personalidade jurídica de empresas (direito-instrumento de progresso do homem, jamais de abuso e fraude) carece também de melhor acolhida nos espíritos de nossos legisladores e julgadores, tudo segundo um critério de salvaguarda da justa composição dos conflitos (máxime os entre hiper e hipossuficientes) e prestigiamiento do papel social do Judiciário.

É urgente, pois, que se dote as sentenças de contra-incentivos a toda essa vexatória situação processual, em que o obrigado-sucumbente tripudia sobre a sentença e conseqüentemente sobre o favorecido por ela. São recursos, embargos, inviabilidade prática de alcançar e/ou se prazeir bens do devedor e, para agravar, deturpações de preceitos legais. São, enfim, publicações, petições, termo de conclusão e decisões que demandam meses, e tudo movido por razões inconfessáveis (só formalmente, mas de todos conhecidas) transvestidas de razões “técnicas” (se tanto) quase sempre já reiteradamente vencidas em todas as instâncias.

O duplo grau de jurisdição, virtual imposição dada à falibilidade do gênero humano, é um direito do jurisdicionado, porém jamais uma obrigatoriedade (é, por assim dizer, um recurso voluntário, e não necessário); todavia, entre nós, é como se fosse uma regra obrigatória (quase sempre estimulada pelo sistema), ainda que improvável o êxito, ou mesmo certo o insucesso da apelação (do agravo no recurso especial...). É preciso se repensar a cultura do recurso assumidamente protelatório ou por “dever (!) de ofício” (aqueles tolos recursos do poder

público). E isso ainda ocorre porque há incentivos econômicos (gratuidade ou insignificância das custas, pelo menos p/ os mais abonados) e nenhum desestímulo ao que pretenda desvirtuar o duplo grau de jurisdição, convertendo-o em mera dilação de justas, devidas e sentenciadas obrigações. Por que não percentuais crescentes tendo por referencial básico a maior taxa de remuneração do mercado financeiro ou algo análogo? Acréscimo financeiro esse que reverter-se-ia ao credor-vitorioso e, se porventura bem sucedido o recurso, tornar-se-ia ineficaz, eis que desestímulo à dilação infundada. Algo, enfim, precisa ser feito para acabar, ou reduzir, com os despropósitos e, pior, com a perversão social da execução judicial, que, aliada a um juiz apático ou encharcado de “teorias” viabilizadoras de todo este quadro patético, é o quanto basta para o descrédito da Justiça e para ultrajar o jurisdicionado “vencedor” (?) da demanda.

É comum, nas execuções de sentenças (por quantia certa e, pior, se for incerta) contra empresas, não se acharem bens disponíveis/viáveis para penhora (até a sede da executada é da propriedade de outra empresa do grupo ou não e os meios para se superarem tais complicações procedimentais são, illogicamente, sempre mais demorados e tortuosos para o exequente). Quando se logra penhorar um bem a praça, é impiedosa contra o credor (carro, p.ex.: pagará multas, impostos etc., e não raro, após anos, esta garantia nada garantir, ou só parte do crédito). Para assegurar o juízo, as empresas executadas amiúde costumam ter um mesmo bem para todas estas ocasiões (há um caso emblemático: um caminhão só existente no documento e sempre oferecido como ‘segurança’ (?) do juízo em embargo protelatório da devolução ao consumidor de seus salários poupados para aplicar em imóvel residencial). Nomeiam-se bens cuja titularidade provoque discussões, ou bens de difícil conversão em dinheiro, tudo com o fito de protelação. Aliás, a tal ‘segurança do juízo’ (art. 737, CPC) é norma cujo peso é irrelevante para o hipersuficiente da relação processual, contudo altamente limitativa para muitos hipossuficientes e faz-nos lembrar de lei tão criticada por Anatole France: “Fica proibido dormir sob as pontes de Paris”. Tratar desiguais como iguais é a suma injustiça *in concreto*!

Por que será que raramente se vê, nesses casos, nomeação de bens conforme a ordem legal (art. 655, CPC) imposta ao devedor (porém sem qualquer sanção eficaz, eis que a comutação no ‘direito’ de nomear mais protela/ onera o

credor)? Prefere-se nomear bens imóveis cuja conversão em dinheiro gera delongas. Nesses casos, sempre às vésperas da praça vem o depósito da condenação (que, para sua atualização, ensejará novas demandas “calculatórias”, como almeja o devedor) se isso for do planejamento econômico do executado. Se houver necessidade de conversão de arresto em penhora, ainda pior será, eis que, da ida ao oficial de justiça, o ato em si e até o retorno dos autos para publicação respectiva, levam-se, na melhor das hipóteses, meses, tudo só favorecendo ao devedor-perdedor na Justiça (perdedor?!), como é regra, conquanto não concebida, muito praticada no dia-a-dia das execuções. E, se o executado transita bem pelos meandros do Fórum, tudo poderá se prolongar *ad eternum*. Ora, tal conversão deveria ser automática e por ato do juiz: se ele pode expropriar, por que não poderia, ele mesmo, praticar o ato formal daquela conversão? Há, por assim dizer, uma estranha e enrustida sensação de que o pobre devedor merece mais a severidade da lei e o rigor de sua interpretação que o devedor mais poderoso.

Outra inversão da lógica social é a força atrativa dos concursos de credores. Por que o concurso de credores falencial ou não (art. 762, CPC, e art. 24, Lei de Quebras) terá o condão de prejudicar, retardando, protelando como convém aos devedores empedernidos, a satisfação do direito do credor (cuja ‘culpa’ de estar em juízo é menor que a do devedor) pelo fato da “conveniência” genérica da *vis atractiva* do juízo do concurso creditício? Sem embargo daquela conveniência, há outras de maior valor social que a do comerciante falido ou do insolvente civil a excepcionar tal força atrativa concursal. Como essa “conveniência” não convém senão ao devedor, o Estado tratou de livrar-se dela e assim a execução fiscal (até por razões de ordem) não se submete ao delongado concurso. E por que o socialmente mais vulnerável, o hipossuficiente (o consumidor, o assalariado...), deve ter seu crédito arrastado em disputa desigual (c/ bancos, fornecedores e credores outros melhor aquinhoados pela lei)? As mesmas razões que justificam a exceção para a fazenda pública devem servir para excluir, por justiça, os créditos (de natureza alimentícia, eis que parcelas de salários) de consumidores e trabalhadores, assim definidos, enquanto tais, pela lei.

Na mesma linha de raciocínio, é de se questionar o privilégio do Estado-fisco em detrimento de hipossuficientes (vulneráveis econômica, social, técnica e juridicamente)

lesados em seus direitos de trabalhador e consumidor por empresas e atividades autorizadas/fiscalizadas deficientemente pelo poder público. Lembremos, apenas como referência, o caso da Encol e seu *capo*, ambos tratados a “pão-de-ló” até às vésperas da quebra monumental da empresa, e só agora o Estado, que tudo podia prevenir, vem de ser acordado para tomar seu lugar na fila dos credores à frente de quem foi lesado e nada podia contra tal desfecho se não planejado, pelo menos esperado e consentido a partir de omissões de bancos credores (maus analistas de empréstimos) e do poder público, que não fiscaliza bem nem mesmo seu próprio interesse. São pois conflitos de interesses e direitos que, pelo princípio da proporcionalidade, carecem de revisão ponderada, reequilibrando-se interesses em jogo, máxime em prol dos desprotegidos e menos ligados à causa do mal.

No tocante à execução judicial em geral, e mais sensivelmente à da obrigação de cunho pecuniário, o grande avanço seria a aplicação do sistema gaulês da *astreinte*. Não com a restrição que se lhe impôs: só cabível às obrigações *de fazer e de não fazer*, restrição essa muito alegada para não cominá-la e pouco explicada para esclarecer a impossibilidade de extensão (só o fato da lei é pouco para magistrados despertos para as necessidades diuturnas, também não há boa explicação para aquela restrição, antes ao contrário, senão vejamos).

A aplicação da multa diária (*astreinte*) às espécies como a presente, em que há condenação de devolver parcelas pagas em função de contrato de compra e venda rescindido/resolvido judicialmente, é uma garantia da efetividade do processo (celeridade, não-protelação e efetividade), eis que é meio de coerção do devedor (art. 645, 644 e 287, do CPC) mais eficiente do que a atividade *manu militari* do Estado (expropriar bens do devedor), que serve mais a propósitos procrastinatórios que para aviar o crédito (que, em face desta delonga procedimental, costuma até se inviabilizar: é o “ganha, mas não leva!”). Ora, se as *astreintes* substituem, como ensina Alcides Mendonça Lima (*Com. CPC*. 5. ed. Forense, 1987. p. 740), a atividade *manu militari*, a violência do Estado-juiz que seria inoperante diante das obrigações de querer prestar ou de querer não-prestar (de fazer ou de não fazer), por que não haver a mesma substituição (violência por não-violência) nas demais obrigações? Afinal, a violência patrimonial atinge também a pessoa, não em seu corpo físico, mas por certo em corpo psíquico.

Assim, sempre que coubesse, seria infinitamente melhor para todos (rapidez, efetividade, querer adimplir) o querer cumprir as obrigações, ainda que induzido pela pena econômica; só mesmo para os casos de resistência para além dessa pressão psicológico-econômica restaria o procedimento da invasão patrimonial. Não haveria tanta conveniência em se aguardar e protelar o desfecho violento da expropriação de bens, nesse contexto, no mais das vezes; a sucumbência judicial se inverte (ganha o perdedor e perde o ganhador).

Ainda poderíamos sustentar, para coadjuvar a tese da extensibilidade da *astreinte*, que a objeção se tem apresentado para impedir tal conveniência, ou seja, a de que a obrigação de devolver dinheiro não é *de fazer*. Tal tese, conquanto muito repetida, não resiste ao mais leve crivo da lógica jurídica. Em verdade, a obrigação (que já existia desde a fase pré-processual) que tem o executado, nesses casos, desde o trânsito em julgado da sentença que lhe determina devolver dinheiro ao exequente, não é outra senão *a de fazer* (não um *facere* manufatura, obra) a restituição da verba. As obrigações são sempre classificadas em sistema tripartite: a *de fazer*, a *de dar* (obrigações positivas) e a *de não fazer* (obrigação negativa). Indubitavelmente a obrigação de pagar ou devolver dinheiro não é de outra natureza senão variação da *obrigação de fazer* o pagamento, a devolução. De tal sorte não sendo, a determinação judicial de devolver dinheiro, uma obrigação *de não fazer*, só forçadamente poderá ser *de dar*, eis que a entrega (núcleo, suporte fático do dar) não absorve o pagar (núcleo da condenação pecuniária) da devolução de dinheiro (antes pago ao executado).

Para Pontes de Miranda, o *facere* envolve: escrever, inventar, residir, esculpir, pagar... (*Tratado Dir. Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 23, p. 45, § 2778). Noutra passagem, o mestre dos mestres leciona que: “Dar é fazer. Fazer é todo ato positivo.” (Ibidem, p. 50, § 2779). Fácil é perceber-se que não há consenso doutrinário na distinção de obrigação *de fazer e de dar*, até porque ontologicamente não há, ali, o que estremar.

Ensina, a propósito, o mestre Sílvio Rodrigues que a obrigação *de fazer* consiste na prática de um ato, até mesmo de ato jurídico, *verbis*:

“Na obrigação de fazer o devedor se vincula a um determinado comportamento, consistente em *praticar um ato*, ou realizar uma tarefa, donde decorre uma

vantagem para o credor. Pode a mesma constar de trabalho físico ou intelectual, como também da *prática de um ato jurídico*.” (Direito Civil : parte geral das obrigações. 21. ed. Saraiva, 1993. v. 2, cap. 3, p. 33: Das obrigações de fazer ou de não fazer. Grifamos).

E, linhas adiante, continua o mestre:

“De um certo modo se poderia dizer que, dentro da idéia de fazer, encontra-se a de dar”.

Também o insuperável Serpa Lopes confirma:

“A distinção entre obrigação de fazer e obrigação de dar, *reputada inútil por alguns autores*, entretanto, tem grande alcance *prático* no sistema onde a obrigação não é elemento translativo do domínio. Entretanto, difícil é encontrar-se o critério revelador dessa distinção, atento a que, no fundo, como observa M.I. Carvalho Mendonça, toda obrigação representa um ‘facere’. (Curso D. Civil. 3. ed. Freitas Bastos, 1961. v. 2, p. 75. Grifamos).

Como se pode depreender, no que diferem (se há diferenças) as obrigações de fazer e de dar (só na prática e não no jurídico), nada há de relevante que possa impedir a previsão já no título executivo judicial, já no despacho de recepção da inicial da execução, da multa diária. Antes ao contrário, a atual Carta Magna vem de garantir, como direito fundamental, a promoção, pelo Estado, da defesa do consumidor, inclusive como princípio norteador da atividade empresarial (art. 5º, XXXII, e 170, V), e por outro lado o Código do Consumidor prevê a facilitação da defesa dos direitos deste pólo mais vulnerável da relação jurídica de consumo (art. 6º, VIII, e 4º, I, CDC). Afinal, toda norma jurídica deve ser reconduzida aos valores constitucionais vigentes. Uma coisa é ler um código, uma lei sob a ótica da velha ordem constitucional; outra coisa bem diferente é relê-los à luz da nova opção ideológico-jurídica inaugurada pela Lei suprema, e o juiz não pode ser mero imitador servil da norma, de modelos decisórios incompatíveis com aqueles valores constitucionais.

O índice de eficiência do sistema processual de um povo está fixado precipuamente no grau de versatilidade de seu processo de execução. Com efeito,

“a força da lei, e com ela a autoridade do Estado, está em jogo no processo

execução tanto ou mais que no processo de cognição.” (Micheli. *Derecho Procesal*. 1970. v. 3, p. 380).

Vale ressaltar, a propósito, que a tutela jurisdicional executiva é de caráter excepcional, eis que, satisfeita a pretensão confirmada na sentença, a ordem jurídica estará restaurada. No entanto, tal verdade já está quase esquecida, porque são insignificantes as estatísticas de pronta satisfação daquela pretensão e resguardo da autoridade e dignidade da decisão judicial.

Sucedo que, nas demandas cujo substrato conflitivo seja expresso pela dialética, perversa por natureza, hipersuficiente *versus* hipossuficiente, tanto faz seja de *dar* ou de *fazer* a obrigação; é aí que mais se exige uma interpretação construtiva e consciente das aspirações e vicissitudes de nossa época, o que por si só impõe a superação do reducionismo do direito à legalidade e da resistência em abandonar envelhecidas e já injustas concepções.

A hora presente requer o pronto desmentido da proverbial inércia natural do jurista que se contenta na “rotina das idéias recebidas” e às vezes mal recebidas. O processo de execução carece, pois, de profunda reforma, não à luz de meros ideais teóricos, mas na perspectiva da lógica do dia-a-dia forense e da necessidade social de eficácia e celeridade judicial. Recepcionemos, não como história, mas ainda como repto atualíssimo, o ensinamento de Paula Batista que, em 1855, concebia o processo nesta síntese admirável: “Brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha.” Vale registrar, a propósito, que, ao tempo do mestre pernambucano, vigorava a concepção francesa da passividade e inércia do juiz no processo.

A multa diária, contra-incentivo à procrastinação e seus eventuais ganhos econômicos, é certamente a melhor opção e seria *EXIGÍVEL desde o trânsito em julgado* daquela sentença (favorável, é claro, ao exequente), *mas DEVIDA desde o dia de sua publicação ou 24 horas após isto* (quando configurado o não-cumprimento nem mesmo da ordem judicial). Reitere-se que o duplo grau de jurisdição, enfim o recurso, não é, máxime nessas hipóteses, imposição ao sucumbente, mas conveniência que ele há de sopesar melhor antes de reutilizar a máquina judicial e o tempo de todos.

Como bom exemplo desse reforço à dignidade em juízo pode-se citar o § 3º do art. 213 da

Lei nº 8069, de 13/7/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), superada também, como se vê, a orientação do STF no RE-94966/81-RJ, em que se vedava a retroação da *astreinte* a data anterior à do trânsito em julgado da sentença que a cominou. Esta lei, no entanto, enclausurou a possibilidade de aplicação da *astreinte* nas obrigações *de fazer* e *de não fazer*, tal como fez o “Código do Consumidor”, até porque ambos são resultantes do mesmo estágio de evolução que a legislação processual experimentou sobretudo logo após a nova Constituição Federal.

Um novo avanço nessa evolução processual (desconectando-se das envelhecidas e ocas teorias) e bom referencial para reforma aqui defendida é o art. 67 da Lei nº 8.884, de 11/6/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica em seu Título “Da execução judicial das decisões do CADE (que pelo jeito devem ser executadas de modo mais eficiente que as da própria Justiça!). Ali já não se limita o campo de aplicação da multa diária (até porque ilimitadas são as necessidades dela) senão ao objetivo visado, isto é, a cessação da infração, que pode ser um *entregar*, ou *um dar*, segundo o que for ordenado na decisão do CADE.

Melhor ainda é o descortino (estágio último daquela evolução) do art. 52, V, da Lei nº 9.099, de 26/9/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis; nesse dispositivo legal, reza-se que: “nos casos de obrigação de entregar, de fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária...”. Ora, é consabido que *entrega* é o núcleo da obrigação *de dar* (não há dar que não pressuponha entrega); contudo para ficar claríssima e indiscutível a abertura (de toda conveniência) para as virtuais necessidades do dia-a-dia, o mesmo dispositivo arremata que “... incluída a multa de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado”. Como se vê, a Súmula 500 do STF está superada pela evolução ocorrida posteriormente aos seus precedentes, todos da década de sessenta. Tratava-se da então ação cominatória manejada para compelir a *entrega* de jornais a assinante (RE 61068/67-SP; RE62942/67-SP; 63726/68-SP; RE62942/67-SP). Aliás, a execução de sentença regulada neste diploma

recente mostra bem alguns dos avanços agilizadores (eliminação de nova citação...) que deveriam, além de outros, ser ajustados aos objetivos e às necessidades práticas de hoje no que tange, pelo menos, à conversão da sentença (mero meio) em direito satisfeito (este sim o fim).

Pode e deve haver, como se vê, cominação de multa diária na *hipótese de obrigação de dar* (devolver dinheiro, eis que é aqui que convém protelar), e também pode e deve *tal multa retroagir* para melhor alcançar seu desiderato: satisfação rápida do exequente (mormente o hipossuficiente) e pronto prestígio das decisões judiciais (já longamente debatidas).

O Código do Consumidor (antítese contemporânea do Código dos Comerciantes) é bem o espelho dessa necessidade dos dias coevos; porém, o seu art. 84 ficou aquém da melhor concepção que viabiliza a pronta (tanto quanto a *prática* possibilita) satisfação das *obrigações em geral*. (Art. 84: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação *em geral*, o juiz...”). A mesma adequação é de se propor, com mais razão, quanto ao CPC (Art. 646: “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, após exauridos todos os meios de coerção psicológica visando o cumprimento antecipado da obrigação...”; Parágrafo único:” O juiz poderá impor, independente de pedido, multa diária objetivando a antecipação do cumprimento da obrigação...”). Não há, em princípio, incompatibilidade entre as obrigações *em geral* (de fazer, de não fazer, de dar...) e a multa diária, antes ao contrário.

O processo e a jurisdição não podem se prestar à injustiça social e a atos atentatórios à dignidade da Justiça, como sói ocorrer nas execuções de obrigações pecuniárias, em abono disso há a precisa lição de Cândido Dinamarco afirmando que a jurisdição possui pelo menos três escopos básicos:

“social: pacificação com justiça, educação; político: participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento; e jurídico: atuação da vontade concreta do Direito.” (A instrumentalidade do processo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 447).

Ação penal nos crimes de imprensa e o Projeto de Lei nº 3.232-A de 1992

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

SUMÁRIO

1. Ação penal: generalidades. 1.1. Ação penal nos crimes de imprensa. 1.2. A ação penal no Projeto de Lei nº 2.232-A/92. 2. Conclusão.

1. Ação penal: generalidades

Como sabemos, pelas lições de José Frederico Marques¹, ação penal é o direito de agir exercido perante os juízes e tribunais da justiça criminal; é o instrumento de aplicação do direito penal objetivo, no tocante a uma situação concreta consubstanciada na pretensão punitiva.

A rigor, a ação penal é sempre pública, porque só o Estado pode dela dispor. Todavia, levando-se em conta a titularidade da ação penal, a doutrina costuma vê-la como *pública* ou *privada* (ou de iniciativa privada).

Na *ação penal pública*, o *dominus litis* é o Ministério Público, por meio do Promotor de Justiça, do Procurador de Justiça (nos Estados), ou do Procurador da República (na União); é ele o autor da peça de acusação chamada denúncia. Na *ação penal privada*, o titular da ação é o próprio ofendido, a vítima (o querelante); é ele o autor da peça de acusação, que se chama queixa-crime.

A *ação penal pública* pode ser *incondicionada* ou *condicionada*, ambas a cargo do agente ministerial. Na ação penal pública incondicionada, é bastante a existência de *informatio delicti* para que o Ministério Público ofereça a denúncia; na segunda, a ação penal depende da *representação ou requisição* do ofendido ou do Ministro da Justiça, respectivamente. Note-se: representação não se con-

Antonio Cezar Lima da Fonseca é Professor de Direito Penal do Consumidor da ESMPRS e Procurador de Justiça no RS.

¹ *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 284.

fundamente com requisição, embora ambas sejam vistas ora como condições de procedibilidade, ora como possibilidade jurídica do pedido, para algumas ações penais. A representação é uma peça que se origina da vontade do ofendido; a requisição se origina de uma autoridade, que, no caso, é do Ministro da Justiça.

A *ação penal privada* pode ser: ação penal privada propriamente dita (ou de iniciativa privada); ação penal privada personalíssima e ação penal privada subsidiária da pública. Todas são exercidas mediante a *queixa-crime*. A primeira, também chamada *ação privada principal*, ocorre quando a própria lei dispõe que, no caso, só se procede mediante queixa (CP, art. 145); na segunda (personalíssima), quando só o ofendido pode exercitá-la, não incidindo a regra do art. 31 do CPP (CP, art. 236; art. 240, § 2º, CP)²; a ação penal subsidiária ocorre quando o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal (arts. 5º, LIX, CF; 29, CPP; 100, §3º, CP).

1.1. Ação penal nos crimes de imprensa

Na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9-2-67), a ação penal pode ser pública ou privada; pública condicionada ou incondicionada; pode ser de iniciativa privada ou subsidiária da pública, nos casos em que a própria lei prevê e que veremos a seguir.

O prazo de prescrição da ação penal de imprensa é de dois anos, contados após a data da publicação ou transmissão incriminada, nos casos de ação penal pública. Em se tratando de ação penal privada, o direito de queixa ou de representação decairá se não for exercido dentro de três meses contados da data da publicação ou transmissão. Como se trata de prazo material (decadencial), inclui-se no seu cômputo o dia do começo, contando-se os meses pelo calendário comum (*JTARS*, n. 78, p. 21). Trata-se de prazo preclusivo e improrrogável, que não se submete à incidência de quaisquer causas de interrupção ou de suspensão, pelo que o pedido de explicações em juízo não tem qualquer eficácia interruptiva ou suspensiva desse lapso de ordem temporal (*RTJ*, n. 150, p. 474).

Porém, a lei previu hipóteses de interrupção do prazo prescricional da ação penal privada, quando houver requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação,

e até que este seja indeferido ou efetivamente atendido. Também, é causa de interrupção o pedido de declaração de inidoneidade do responsável, até seu julgamento (art. 41, §2º, da LI).

A matéria relativa à ação penal nos crimes de imprensa abre a Seção II do Capítulo V, nos arts. 40 e 41.

Na Lei nº 5.250/67, temos:

“Art. 40. A ação penal será promovida:

I. nos crimes de que tratam os arts. 20 a 22:

a) pelo Ministério Público, mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n. I do art. 20, bem como nos casos em que o ofendido for Ministro de Estado; (1)

b) pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo; (1)

c) por queixa do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo; (2)

d) pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, indistintamente, quando se tratar de crime contra a memória de alguém ou contra pessoa que tenha falecido antes da queixa. (2)

§1º Nos casos do inciso I, alínea “c”, se o Ministério Público não apresentar denúncia dentro de 10 (dez) dias, o ofendido poderá apresentar queixa. (2)

§2º Sob pena de nulidade, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, em todos os processos por abuso de liberdade de imprensa, ainda que privados. (1).

§3º A queixa pode ser aditada pelo Ministério Público, no prazo de 10 (dez) dias. (3)

(1) Houve evidentes erros de impressão e de técnica legislativa no referido artigo, eis que, o que a Lei nomina de n. 1, na verdade, é o inciso I; e não está no art. 20 (como quer a lei), mas sim no art. 23 da Lei de Imprensa. Isso pode ser constatado na alínea seguinte (b), quando se expressa os ns. II e III do art. 23 (leia-se: incisos II e III). Destarte, onde está art. 20, deve ser lido art. 23; onde está *número*, deve ser lido *inciso*.

Via de regra, é o Ministério Público o titular da ação penal na maioria dos crimes de imprensa, porque assim dispõe o art. 40, inc. II, da LI. Por outro lado, a ação penal nos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), da lei de imprensa, é a privada ou a pública condicionada à representação, ou à requisição (art. 40, *caput* e inc. I).

Destarte, é pública e incondicionada nos crimes dos arts. 3º e §§ 5º e 6º; 14; 15, letras ‘a’

² BOSCHI, José A. Paganella. Ação Penal, p. 164.

e 'b'; 16, incisos I a IV e parágrafo único; 17 e parágrafo único; 18 e §§; 19 e §§.

O Ministério Público, como dissemos, é a instituição encarregada de promover a ação penal pública. *Excepcionalmente*, pela Lei nº 5250/67, promove a ação penal privada, em casos expressamente previstos na lei.

Nos crimes de imprensa, quando o Ministério Público não for o autor da acusação, a sua presença é necessária em todos os atos do processo (art.40, §2º). Deve ser intimado de todos os atos processuais, sob pena de nulidade, e não pode desistir da ação penal. Incumbe ao magistrado oportunizar a intervenção ministerial na ação privada do crime de imprensa, que ali oficiará como *custos legis*. Isso se faz necessário a fim de assegurar-se a aplicação da lei penal e de outros princípios do processo penal (indivisibilidade da ação penal, p. ex.).

O Ministério Público é o legitimado nos crimes contra a honra, pela imprensa, desde que cometidos contra algumas autoridades ali descritas expressamente. Nesse caso, repetimos, a ação penal é pública, mas condicionada ora à *representação* do ofendido, ora à *requisição* do Ministro da Justiça.

A lei excepcionou a ação penal para os crimes contra a honra, nos casos dos arts. 20 a 22 (calúnia, difamação e injúria), na lei de imprensa, dispondo que a ação penal será promovida pelo Ministério Público mediante requisição do Ministro da Justiça, nos casos do inc. I do art. 23, bem como se o ofendido for Ministro de Estado.

A lei de imprensa em vigor trouxe a exceção ao seu bojo, pois, como se trata de ação penal privada (crimes contra a honra), outorgou ao agente ministerial o exercício da ação penal, quando o ofendido *for o Presidente da República, presidente do Senado Federal, presidente da Câmara dos Deputados, ministro do Supremo Tribunal Federal, Chefe de Estado ou Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos*, desde que haja prévia *requisição* (inc. I do art. 23).

Obviamente, a lei deve ser interpretada restritivamente, no caso, eis que se trata de hipóteses expressas, que não se aplica aos Vice-Presidentes, ou a quem não detenha ou exerça aqueles cargos ali previstos. Claro, quem está no exercício transitório da função pública poderá valer-se da requisição. Digamos que o Vice-Presidente seja ofendido no exercício da Presidência, poder-se-á valer da prerrogativa em análise.

Legitimado à *requisição* é apenas o Ministro da Justiça. Se ofendido for o Ministro da Saúde, ou do Planejamento, deverão *representar* (ou comunicar) ao Ministro da Justiça, quando este é que deverá oferecer a *requisição*³ ao Ministério Público competente, federal ou estadual. Note-se: o Ministério Público não deve acolher requisição de outro Ministro de Estado, que não seja o da Justiça, nos crimes contra a honra, porque a lei é clara nessa questão. A atuação do Ministro da Justiça, em nosso sentir, está subordinada à provocação do ofendido (*contra*: STOCO, Rui. *Leis penais*, p. 1263), porque se trata de crime que ofende a honra da pessoa, que é direito da personalidade. Nem justifica a intervenção do Estado a eventual proteção ao cargo/função pública, porque estes não afastam bens da personalidade, que o Estado não pode encarnar.

Entendemos, por outro lado, que a legitimação concedida ao agente ministerial não afasta a natural legitimação do ofendido, caso funcionário público e a ofensa for irrogada no exercício de suas funções. Isso chegou a ser discutido em certa época (*JTARS*, n. 71, p. 52); no entanto; a honra não pertence ao Estado, para ficar à mercê da requisição e atuação de seus agentes. De outra banda, nos crimes contra a honra pela imprensa, a própria lei oportuniza a que o ofendido ajuíze a competente queixa-crime, se o Ministério Público não apresentar a denúncia no prazo de dez dias (art.40, §1º). Apesar disso, existentes as disparidades da jurisprudência, o mais aconselhável é não correr o risco de ter a queixa-crime jogada fora e representar ao Ministério Público.

Se a ofensa, mesmo que dirigida a funcionário público, não se der em relação à função exercida (*propter officium*), o crime é de ação penal privada. Claro, a ofensa pode ser dirigida ao cidadão, nesta condição. Nesse caso, não está legitimado o 'parquet'. Se o agente for ex-servidor, mas a ofensa ainda é do tempo em que exercia a função pública, a ação penal pode ser condicionada à representação (*RT*, n. 579, p. 348), ou privada (*RT*, n. 658, p. 328); para servidor aposentado, é pública condicionada (STJ-RE-25.997-0). Para funcionários de sociedade de economia mista, a ação penal é condicionada

³ *Requisição*, como diz Arruda Miranda, consiste em ofício dirigido pelo Ministro da Justiça ao Chefe do Ministério Público, federal ou estadual, diretamente, solicitando o início da ação penal contra o ofensor, após relatar os fatos que a determinaram (*Comentários*, p. 646).

(*JUTACRIM*, n. 69, p. 287). Não se aplica a celetistas a exigência de representação, mas apenas àqueles regidos por regime próprio.

Lembramos, ademais, que a representação não tem forma sacramental, podendo vir até verbalmente (STJ. RHC-3.178-6. Relator: Ministro Toledo. *DJU*, p. 2178, 21 fev. 1994.). Assim, pensamos que, se o servidor ajuíza a ação penal, esta pode ser recebida como representação e o Ministério Público pode oferecer denúncia. Na verdade, *representação* é a notícia da existência do crime e do seu autor levada a conhecimento da autoridade pelo interessado na apuração daquele.

Quanto à *assistência* da acusação, ela é admitida, mesmo que haja requisição, ou representação, pois o ofendido é que é o primeiro juiz da ofensa que lhe atinge e o maior interessado na condenação do ofensor.

A peça oriunda e assinada pelo próprio Ministro da Justiça é chamada de *requisição*, mas não deve ser entendida no sentido de ordem, isto é, que deva ser obedecida necessariamente pelo agente ministerial. Este ainda está vinculado à sua consciência, independência e autonomia funcionais. *Pode* haver requisição, nem por isso *deve* haver denúncia. Mas, se não oferecer a denúncia, o agente deve postular ao juízo o arquivamento dessa peça, legitimando-se o representante a eventual recurso. O magistrado, por seu turno, que não pode obrigar o Promotor a oferecer a denúncia, pode utilizar-se do art. 28, CPP, e enviar as peças ao Procurador-Geral de Justiça. Este poderá arquivá-la em definitivo ou designar outro agente, por Portaria, a fim de atuar no caso e oferecer a peça de acusação. Entendemos, indo adiante, que o agente designado não pode se furtar ao cumprimento da ordem do Procurador-Geral, porque atua como *longa manus* daquele.

Embora haja polêmica sobre o assunto, pensamos que tanto a requisição, quanto a representação, são *irretratáveis* depois de oferecida a denúncia, uma vez que, se o ofendido ou o Ministro da Justiça apresentam tais peças, é porque encarregam a instituição ministerial de conduzir a ação penal, ou seja, a vítima resolve entregar ao Ministério Público a condução da ação penal. Aplica-se, portanto, plenamente o art. 25 do CPP, que dispõe: *a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia*. Porém, antes do início da ação penal, a retratação exime de pena ou exclui o crime, na forma do art. 26 e §§ da LI, exceto no crime de injúria, onde não se fala em retratação (*RT*, n. 736, p. 702).

A peça ministerial que acusa o ofensor pelo crime de imprensa, como sabemos, é a *denúncia*, atendidos os requisitos dos arts. 41 do CPP e 43 da LI. É preciso atentar para que a expressão criminosa fique bem caracterizada, tanto na denúncia quanto na queixa-crime. Outra obviedade: nos crimes contra a honra daquelas autoridades, sem a representação ou a requisição, a denúncia não pode ser recebida. Se existir processo sem uma ou outra peça, padece de nulidade, porque verdadeira condição de procedibilidade. Há que se anular o processo, correndo-se o risco da incidência prescricional.

A *denúncia* deve ser oferecida no prazo de quinze (15) dias também nos crimes de imprensa, como dispõe o art. 46, *caput*, do CPP., *exceto* nos crimes contra a honra, quando o prazo se reduz a *10 (dez) dias*. Se o Ministério Público não agir em dez dias, a titularidade da ação penal passa ao ofendido, quando, aí sim, este poderá apresentar a queixa (art. 40, I c/c § 1º da LI).

O Ministério Público também está legitimado a promover a ação penal, quando nos casos dos incisos II e III, do art. 23, ou seja, *quando a ofensa é contra funcionário público, desde que em razões de suas funções ou que a ofensa seja contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública* (art. 40, I, b). Já vimos quais os funcionários públicos que estão abrangidos pelo dispositivo, bem como quais os órgãos ou autoridades exercentes da função de autoridade pública, quando dos comentários do art. 23. Nesse caso, a peça do ofendido é a *representação*, que pode ser dirigida tanto ao juiz, como ao Ministério Público ou à autoridade policial, desimporta (*RT*, n. 543, p. 459; n. 606, p. 414).

(2) Com relação aos crimes contra a honra da lei de imprensa, de ação penal privada, aplicam-se todos os dispositivos do CPP e do CP que com a LI não sejam incompatíveis.

A *queixa-crime*, como vimos ao início, é a peça de acusação que inicia a ação penal privada ou personalíssima, ou subsidiária da pública, oriunda da vontade estrita e particular do ofendido, pessoa física. A queixa-crime oferecida por pessoa jurídica já possui outras nuances, que já foram observadas em cada tipo estudado. Chamamos de *querelante* o autor da queixa e de *querelado* o acusado. Na ação penal privada, o querelante pode desistir da ação penal. Caso iniciada a ação penal, exige-se a anuência do querelado. O querelante, por seu turno, pode praticar ato incompatível com a vontade de representar ou de exercer o direito

de queixa. Nesse caso, considera-se renunciado o direito de queixa e não pode ser exercida a ação penal (art. 104, CP). Veja-se, v.g., o caso de cidadão que vai trabalhar no órgão de imprensa contra o qual representou.

Assim, antes de recebida qualquer queixa-crime, o magistrado oportuniza vista ao agente ministerial, porque este pode também *aditar* a queixa, no prazo de dez dias (art. 40, §3º, da LI). Já se decidiu que não pode haver rejeição da queixa, pelo magistrado, sem antes ouvir o agente do ‘parquet’ (RT, n. 617, p. 267; RJTJSP, n. 104, p. 530).

A queixa-crime naqueles crimes de ação penal de iniciativa privada, que são os crimes contra a honra da lei de imprensa (arts. 20 a 22), pode ser exercida não só pelo ofendido, o natural legitimado, mas também por quem tenha qualidade para representá-lo. Obviamente, o substituto só pode agir em nome do ofendido em caso de ausência/morte ou impedimento deste (doença mental, p. ex.), porque, em se tratando de ofensa à honra, só o ofendido tem a legitimação para iniciar a ação penal.

É quem tem a qualidade de *representar* o ofendido?

Depende do caso. O ofendido, em princípio, só pode acionar o aparato judicial mediante queixa-crime, representado por advogado com poderes especiais, na forma do art. 44, CPP, mas com a menção do fato criminoso.

Se o ofendido for criança ou adolescente, primeiro, é de se verificar se não houve crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069, de 13-7-90). Os crimes mais comuns contra a criança e o adolescente (ECA), que podem ocorrer pela imprensa, são: arts. 236, 239 e 241, sem prejuízo da incidência de outros em casos específicos. Tais crimes, mesmo que ocorrentes pela imprensa, não são crimes de imprensa, porque especiais em relação a esta. São crimes de ação penal pública (art. 227 do ECA). A ocorrência de crime de imprensa contra a criança e o adolescente não livra o órgão da infração administrativa, como, p. ex., a do art. 247 do ECA.

Destarte, em se tratando de crime contra a honra de menores (considerada a menoridade civil) até 18 anos de idade, a queixa é oferecida pelos pais ou representantes legais daqueles. Caso se trate de menor de 18 a 21 anos de idade, aplica-se o CPP, quando poderá exercer diretamente o direito de queixa ou pelos seus representantes (art. 34, CPP).

Pode ocorrer, no entanto, de inexistir representante legal do menor, seja púbere ou impúbere, quando o direito de queixa poderá ser exercido por Curador Especial, nomeado pelo juiz competente para a ação penal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, na forma do art. 33 do CPP.

Se o ofendido for mentalmente *enfermo ou débil mental*, é preciso verificar quem é seu Curador. Este terá a legitimidade, desde que não haja qualquer colisão de interesses. Caso não haja Curador designado, poder-se-á valer da designação especial, na mesma forma do mesmo art. 33, CPP. Em havendo colisão de interesses (digamos que o meio de imprensa ofensor pertença a um irmão do Curador), igualmente, deve o juiz nomear curador especial.

Se caso estiver morto o ofendido, antes do oferecimento da queixa/representação, ou a ofensa for praticada contra a *memória* de falecido, e em se tratando de crime contra a honra da lei de imprensa, o direito de oferecer a queixa passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 40, I, “d”, da LI), com a particularidade de tal legitimação ser indistinta, ou seja, desimporta a ordem de preferência. O primeiro a ingressar em juízo afasta os demais.

Com relação à legitimidade do cônjuge, agora, com a figura constitucional da união estável, que iguala o casamento ao concubinato, pensamos que não mais se exigirá prova do estado (certidão de casamento) para exercer o direito de queixa, porque a companheira tem os mesmos direitos do cônjuge. Se a ordem constitucional não proibiu à companheira, a legislação infraconstitucional não poderá obstar.

Se o crime de imprensa foi praticado por duas pessoas, devidamente identificadas, mas o querelante oferece queixa-crime contra apenas uma delas, renunciou tacitamente ao direito de queixa em relação à outra. Tal renúncia, a teor do disposto no art. 49 do CPP, comunica-se àquela contra quem a queixa-crime foi apresentada, ocorrendo a extinção da punibilidade (RT, n. 748, p. 634). É o caso de serem dois jornalistas, v.g., os autores da notícia dita incriminada, quando não se pode processar apenas um deles.

Com relação ao *aditamento*, adotou a Lei de Imprensa a possibilidade já expressada pela lei processual penal (arts. 45 e 48, CPP), ou seja, quando o magistrado der vista dos autos ao agente, antes de receber a queixa, o órgão poderá aditá-la no prazo de dez dias (art. 40, § 3º, da LI), a fim de incluir o co-autor ou partícipe,

eventualmente excluídos pelo ofendido. O prazo de aditamento será contado da carga dos autos ao Ministério Público, ou do termo de vista/intimação.

O aditamento, como diz Boschi, é o acréscimo que o autor realiza ao pedido articulado na denúncia ou queixa, visando a simples correção da narrativa ou da classificação, ou, ainda, a ampliação dos limites da própria *causa petendi*⁴.

Mesmo com o aditamento, não se impede que o ofendido desista da ação penal, antes da citação, porque continua como autor principal da ação. Depois da citação, como sabemos, a *desistência* subordina-se à aceitação do querelado.

1.2. A ação Penal no Projeto de Lei nº 2.232-A/92

No Projeto de Lei nº 3.232-A, de 1992, a ação penal ganhará outro espaço, talvez outra Seção, agora nos arts. 11 a 16, onde se encontra englobada com o processo penal dos crimes de imprensa. Este, na lei em vigor, está na Seção III do Capítulo V (arts. 42 a 48), seção diversa portanto.

Não creio ter sido produtiva tecnicamente a junção da ação penal com seu processo, porque são mantidos os diferentes tipos de ação penal, e as regras do processo em vigor são alteradas sem qualquer técnica legislativa, misturando-se tipos diversos num mesmo tema, como competência com legitimidade; ação penal com procedimento de provas, etc. A racionalidade indica que, se existe pretensão de regular o processo penal, este deve ser em seção apartada.

O Projeto mantém os tipos de ação penal: pública, privada e subsidiária da pública.

Mantém-se a ação penal pública incondicionada, por força do art. 26 do Projeto, aplicando-se subsidiariamente o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Adota-se a ação penal pública condicionada, que dependerá de representação, legitimando-se o Ministério Público apenas “quando o ofendido for servidor, entidade ou órgão público” (art. 11, § 2º). Acabam, portanto, a requisição do Ministro da Justiça, bem como a exigência de que a ofensa seja *propter officium*, quando o ofendido é servidor público. Nesse ponto, parece-nos equivocado o Projeto, porquanto coloca o Ministério Público na defesa (também) de interesses eminentemente privados (honra da pessoa).

O Projeto acertadamente sedimenta aquilo que a doutrina e a jurisprudência já haviam consagrado: não está o agente ministerial vinculado à representação do ofendido, podendo-se recusar a oferecer a denúncia “se entender não haver delito de opinião”, quando pedirá o “arquivamento da representação em despacho fundamentado” (art. 11, § 2º, I). A ressalva fica por conta da técnica jurídica, pois, *despacho* é ato do juiz (art. 162, § 3º, do CPC). Melhor seria ter dito “promovendo fundamentadamente”, ou “mediante promoção fundamentada”. Há tempo de corrigir-se, portanto.

Cria-se uma anomalia na ação penal pública, porque, com a criação da Defensoria Pública, não tem sentido *obrigar-se* o “parquet” a promover as ações “de quem, pelos próprios meios, não possa fazê-lo” (art. 11, § 4º). Não se disciplina como será aferida a falta de possibilidade (declaração pura e simples? Alvará Judicial?). De outra banda, não se esclarece se, no caso, a ação é pública incondicionada ou condicionada. Ademais, se a lei permite o Ministério Público não oferecer a denúncia, não pode obrigá-lo a oferecer quando se tratar de quem não possa fazê-lo pelos próprios meios. Parece-nos que isso devia ser extirpado, sob pena de criarmos duas categorias de pobres: os atendidos pela Defensoria e os atendidos pelo Ministério Público.

Acertadamente, unifica-se o prazo decadencial da ação privada pelo crime de imprensa com o Código Penal, em seis meses, contados a partir da divulgação da notícia ofensiva (art. 11, § 1º). Na verdade, o prazo atual de três meses já deu muita confusão, e muitos direitos foram sepultados pela perda do exíguo prazo.

O Ministério Público, nas ações privadas da lei de imprensa, continua com sua presença obrigatória no processo, como fiscal da lei (art. 11, § 3º). Suprimiu-se a nulidade absoluta (cominada) que havia pela não-intervenção ministerial. Aqui, provavelmente, nova discussão jurisprudencial surgirá.

Adota-se terminologia não usual para a conhecida ação penal privada subsidiária: *queixa-crime subsidiária* (art. 11, § 2º, inc. II), ou *queixa-subsidiária* (art. 11, § 2º, inc. III) a ser ajuizada quando o Ministério Público postular o arquivamento da representação. A tal queixa-crime subsidiária é anomalia, porque a ação penal privada subsidiária só cabe na hipótese prevista expressamente na Carta Federal, ou seja, quando o ‘parquet’ não denuncia no prazo legal (art. 5º, LIX, CF).

⁴ BOSCHI, op. cit., p. 222.

De outra banda, permitir-se, também, a utilização dos advogados pertencentes aos quadros do poder público competente (art. 11, inc. II), significa que o *contribuinte* acabará pagando advogado para defender a honra de servidores supostamente ofendidos em sua honra. *Data venia*, se o Projeto já confere ao Ministério Público o ajuizamento da ação, mediante representação, e se aquele órgão já manifestou-se pela inexistência da ofensa, não tem sentido legitimar-se advogado público a tal mister.

Quando o agente ministerial formular pedido de arquivamento da representação, o magistrado não pode mais se utilizar do art. 28 do CPP, eis que, agora, deverá intimar o servidor, a entidade ou o órgão público ofendido, que poderão ajuizar a tal queixa-crime subsidiária no prazo de quinze dias contados da intimação.

Prevê o Projeto que, se for recebida a queixa subsidiária, o Procurador-Geral designará outro membro do Ministério Público para officiar no processo. A solução é acertada, mas apenas em parte. Na verdade, o Projeto não disciplina quem cientificará o Procurador-Geral, se o juiz ou o ofendido. Quanto ao afastamento do agente ministerial de eventual processo em que já se manifestou, no mérito da representação afastada, isso está correto, e apenas é o corolário do que já vinha manifestado pela doutrina. Porém, pensamos que isso deve ser melhor disciplinado, sob pena de possível alijamento total do 'parquet' do processo.

A representação do ofendido, na ação penal privada, foi mantida. Porém, não se resolveu a legitimidade da companheira (união estável), eis que a legitimidade é do "cônjuge supérstite" (art. 11, §1º). Ora, se a futura lei virá para atualizar a vigente, de acordo com a nova ordem constitucional, não se justifica ficar presa à ordem legal anterior, desconhecendo a existência da união estável.

2. Conclusão

O referido Projeto está com inúmeros substitutivos, ainda em tramitação no Senado Federal. Padece de técnica no plano da ação penal, conforme analisamos.

O Ministério Público, por seu turno, é levado à obrigatória promoção da ação penal daqueles que "pelos próprios meios não possam fazê-lo". Não esclarece a lei quem seriam os beneficiados com a "advocacia" ministerial, bem como faz tábula rasa aos princípios constitucionais da autonomia e independência funcional da instituição.

O servidor público em geral é beneficiado, porque pode receber advogado gratuito, pago pelos cofres públicos, mesmo quando o encarregado da ação penal (que fala pelo Estado) disser que não é caso do ajuizamento da ação representada. O povo pagará a conta do eventual insucesso da empreitada processual, inclusive no plano civil da indenização.

De fato, ainda é preciso repensar o Projeto da lei de imprensa.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa

JORGE BACELAR GOUVEIA

SUMÁRIO

1. O artigo 16º, n.º 2, da Constituição Portuguesa. 2. O âmbito normativo de aplicação. 3. A função interpretativo-densificante. 4. A função integrativo-complementadora. 5. A incorporação constitucional, de tipo funcional. 6. Da escassez prática ao elevado significado político.

1. O artigo 16º, nº 2, da Constituição Portuguesa

Com a instauração de um Estado de Direito Material, trazido pela Revolução de 25 de Abril de 1974, uma das preocupações fundamentais dos parlamentares constituintes de então foi a efectiva protecção dos direitos fundamentais.

A experiência traumática de 48 anos de regime ditatorial (dito de Estado Novo), em moldes de um regime de tipo fascista, nunca poderia ser esquecida. Inúmeros foram os atropelos cometidos aos direitos fundamentais, essencialmente os de coloração mais política, tendo-se utilizado dois principais mecanismos na consecução dessa prática opressora das liberdades¹:

– ou através da cláusula de remissão para a lei da regulação do exercício de certos direitos, como a liberdade de reunião, a liberdade de ma-

¹ Para uma síntese a respeito do sistema de direitos fundamentais na vigência da Constituição Portuguesa de 1933, correspondente ao Estado Novo fascizante, v. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, 1983. p. 30; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.1. 5. ed. Coimbra, 1996. p. 301-302, e La Constitution portugaise et la protection internationale des droits de l'homme. *Archiv des Völkerrechts*, 34-1, p. 72 e segs. März

Jorge Bacelar Gouveia é Mestre em Direito. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Texto nos padrões do português europeu.

nifestação ou a liberdade de imprensa, assim se distorcendo pela via infraconstitucional aquilo que se tinha consagrado, com acentuada plenitude, no texto constitucional (defraudando-se portanto o seu espírito)²;

– ou através da directa violação dos direitos fundamentais que ainda pudessem lograr alguma efectividade, tudo devidamente enquadrado no secretismo e desconfiança que são apanágio das ditaduras, de direita ou de esquerda.

Não é assim de admirar a profusão de propostas, nos projectos de Constituição apresentados na Assembleia Constituinte (1975-1976), a respeito dos direitos fundamentais³, todas com o comum objectivo de esconjurar este passado recente do constitucionalismo português:

– ora dilatando o número de direitos consagrados, não só no domínio de alguns direitos políticos tão somente referenciados como também nos direitos chamados de “terceira geração”;

– ora positivando determinados âmbitos de protecção apenas aflorados ou imprecisamente formulados, com o escopo de se evitar o recurso à intervenção da legislação infra-constitucional de índole criadora e eventualmente constringente;

– ora cuidando, de um modo particular, do regime geral dos direitos fundamentais, em termos de exercício e sobretudo das vicissitudes de restrição e de suspensão dos mesmos.

1996; CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991. p. 95, e *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra, 1993. p. 103; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa, 1995. p. 279 e segs.

² O bem conhecido § 2º do art. 8º da Constituição de 1933: “Leis especiais regularão o exercício da liberdade de expressão do pensamento, de ensino, de reunião e de associação, devendo, quanto à primeira, impedir preventiva ou repressivamente a perversão da opinião pública na sua função de força social, e salvaguardar a integridade moral dos cidadãos, a quem ficará assegurado o direito de fazer inserir gratuitamente a rectificação ou defesa na publicação periódica em que forem injuriados ou infamados, sem prejuízo de qualquer outra responsabilidade ou procedimento determinado na lei”. MIRANDA. *As Constituições portuguesas: de 1822 ao texto actual da Constituição*. 3. ed. Lisboa, 1992. p. 272.

³ Com uma proveitosa análise comparativa desses projectos de Constituição em matéria de direitos fundamentais, MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. v. 4, 2. ed. Coimbra, 1993. p. 121 e segs.

Foi em sintonia com essa tendência que o legislador constitucional português reconheceu a necessidade de não enclausurar o sistema normativo de direitos fundamentais e, bem ao contrário, arejá-lo com os ventos das soluções concretas insertas em documentos pertencentes ao Direito Internacional dos Direitos do Homem.

Tendo por base as preocupações de certa jurídica trazidas pelo movimento constitucionalista⁴, quase todas as Constituições que, a partir do século XIX, foram aprovadas incluíam tipologias de direitos fundamentais. Mas estas nunca seriam insensíveis às mudanças e, à distância de duas centúrias, percebe-se que elas foram sendo progressivamente enriquecidas no número e na qualidade dos direitos obtidos.

Aceitando as limitações do legislador constitucional positivo, é frequente, na segunda metade do século XX, a invocação de textos normativos insuspeitos, também eles fortemente empenhados na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, segundo uma perspectiva internacional, de cariz universalista.

É que, sendo muitas vezes o produto de concessões e compromissos inevitavelmente impostos pelas maiorias qualificadas que normalmente acompanham as aprovações das Constituições, nem sempre estas podem ser o espelho de um sistema integral e eficazmente protector dos direitos fundamentais.

Essa preocupação específica esteve presente na elaboração da Constituição de 1976, nela se aprovando um preceito, sob a epígrafe

⁴ GOUVEIA, op. cit., p. 61: “A regulação dos direitos fundamentais pelo recurso ao método tipológico é, deste modo, mais um valioso trunfo a jogar nas garantias propiciadas desde o Constitucionalismo, que fez surgir esta categoria jurídica, juntamente com todos os restantes fenómenos constitucionais que hoje são já indiscutíveis. Essa efectiva protecção tem sido tradicionalmente associada apenas ao próprio facto de se realizar a sua positivação através de uma Constituição formal: por ela, os direitos fundamentais lograriam ser incluídos em textos de Direito Positivo, em grande medida reflectindo o Direito Natural, tornando-se seguro o seu reconhecimento pelo Estado; além disso, a força jurídica dessa positivação seria suprema e destinar-se-ia a evitar a sua modificação ou revogação ao sabor das circunstâncias ou flutuações de cada momento. Mas é igualmente de salientar esta outra não menos relevante: a opção pela tipificação representa mais uma batalha vitoriosa no combate ao formalismo e ao arbítrio do poder, que se agrupa à sua consagração escrita e na Constituição formal”.

“Sentido dos direitos fundamentais”, com um apelo expresso à Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos seguintes termos⁵:

“Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶”.

Tratou-se de um contributo que se ficou a dever ao projecto de Constituição do Partido do Centro Democrático Social⁷, embora o projecto de Constituição do Partido Popular Democrático também lhe fizesse uma referência, mas unicamente a propósito do direito de asilo⁸.

E certo é que, apesar das quatro revisões constitucionais a que o texto inicial da Constituição Portuguesa já se submeteu (em 1982, 1989, 1992 e 1997), ela é ainda a redacção originária⁹. O facto de ter sido imune a qualquer alteração constitucional testemunha, a seu modo, o consenso político que granjeou no firmamento doutrinário e jurisprudencial português¹⁰.

⁵ É o art. 16º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de Abril de 1976.

⁶ V. o respectivo texto, na versão oficial portuguesa, em GOUVEIA. *Textos fundamentais de Direito Internacional*. Lisboa, 1993. p. 21 e segs.

⁷ Que tinha o seguinte teor, correspondente ao art. 11º, nº 2, do projecto de Constituição proposto: “Portugal adopta como sua a Declaração Universal dos Direitos do Homem, devendo todos os preceitos constitucionais e legais ser interpretados, integrados e aplicados de harmonia com essa Declaração, cujo texto em português é publicado em anexo a esta Constituição e dela faz parte integrante”. MIRANDA. *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição*. Lisboa, 1978. p. 236. v. 1.

⁸ Idem. *Manual...* v. 4, p. 122, nota nº 1.

⁹ A única alteração ocorrida no art. 16º da Constituição Portuguesa até hoje a assinalar respeitou à nova epígrafe que a revisão de 1982 lhe trouxe, substituindo a antiga expressão *Extensão dos direitos*.

Quanto aos reflexos gerais das revisões constitucionais em matéria de direitos fundamentais, v. CANOTILHO, MOREIRA. *Fundamentos...* p. 95 e segs e *Constituição...* p. 103 e segs.; MIRANDA, *Manual...* v. 1, p. 354 e segs., 378-379, 385-386.

¹⁰ Isso não impediu que algumas sugestões de revisão desse preceito tivessem sido apresentadas, em 1982 e em 1989.

Na revisão de 1982, concomitantemente à alusão à Declaração Universal, chegaria a ser proposto o acrescento da referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cfr. o art. 16º, nº 2, da Constituição segundo o projecto de revisão constitucional

Ela está longe de ser, nos dias de hoje, uma cláusula isolada no panorama constitucional estrangeiro, verificando-se a sua adopção, com maior ou menor fidelidade, noutras latitudes¹¹, o que também comprova a respectiva capacidade de influenciação em textos estrangeiros¹².

No contexto europeu, a Constituição Espanhola de 1978, também aprovada na sequência do derrube de uma ditadura de direita de muitas décadas, adoptaria um preceito bastante próximo do português, nele se dizendo, no princípio da parte respeitante aos “Direitos e deveres fundamentais”, o seguinte¹³:

“As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece interpretam-se em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha”.

As maiores parecenças regulativas são, no entanto, registáveis no espaço jurídico-consti-

apresentado pela Aliança Democrática, em *Separata nº 6/II ao Diário da Assembleia da República*, de 26 de Junho de 1981, p. 33.

Na revisão de 1989, seria proposta precisamente pelo partido político de onde tinha nascido a iniciativa de avançar com a referência à Declaração Universal, nem mais nem menos do que a respectiva supressão (ideia que depois não teria seguimento). Cfr. o art. 16º da Constituição de acordo com o projecto de revisão constitucional nº 1/V, apresentado pelos Deputados do Partido do Centro Democrático Social, em *Trabalhos preparatórios da revisão constitucional: segunda revisão*. Lisboa, 1989. v. 5, p. 4375. Comentando-a em termos mordazes, MIRANDA. *Manual...* v. 4, p. 47, nota nº 3.

¹¹ Afirmando MIRANDA. *Manual...* v. 4, p. 147, que nenhum desses textos constitucionais teria levado tão longe quanto o português a interpenetração da Declaração Universal nas normas constitucionais.

¹² E até há mesmo quem consiga vislumbrar neste preceito constitucional português — como é o caso de Paulo Otero, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais, *O Direito*. 1990. v. 3/4, p. 603: um extremo alcance no âmbito do Direito Constitucional Comparado, dizendo que “...constitui um dos preceitos mais originais e revolucionários do direito constitucional português”.

¹³ É o art. 10º, nº 2, da Constituição do Reino de Espanha, de 27 de Dezembro de 1978. V. o respectivo texto em José Manuel Martínez Pereda Rodríguez, Juan José González Rivas, Joaquín Huelin Y Martínez de Velasco e José Luís Gil Ibáñez, *Constitución española*. Madrid, 1993. p. 34.

tucional lusófono, a partir da observação das Constituições dos Estados Africanos onde se fala o Português, antigas colónias de Portugal que lhe permanecem ligadas por laços culturais.

Para a maioria desses textos constitucionais, a redacção escolhida para aludir à Declaração Universal dos Direitos do Homem é praticamente idêntica à da Constituição Portuguesa: assim aconteceu com as Constituições de São Tomé e Príncipe, de Cabo Verde e da Guiné-Bissau¹⁴.

Noutros casos, estes textos constitucionais não se limitam a frisar a simples relevância hermenêutico-constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Constituição de São Tomé e Príncipe mostra, para além da necessidade da interpretação e integração dos respectivos preceitos segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a adesão ao respectivo texto em termos gerais para todo o ordenamento jurídico são-tomense:

“A República Democrática de São Tomé e Príncipe proclama a sua adesão à Declaração Universal dos Direitos do Homem e aos seus princípios e objectivos da Organização da Unidade Africana e da Organização das Nações Unidas¹⁵”.

A Lei Constitucional de Angola, em matéria de sistema de direitos fundamentais, acolhe ainda os contributos interpretativos que sejam trazidos por outros textos internacionais relativos aos direitos do homem:

“As normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e dos demais instrumentos internacionais de que Angola seja parte¹⁶”.

Não seria preciso esperar muito tempo para que em Portugal se ressaltasse o alcance desta cláusula de uma perspectiva jurídico-constitucional, ao logo interessar a jurisprudência e a doutrina, que em diversas ocasiões e por diversos motivos – puramente teóricos ou com fins de aplicação prática – sobre este ponto se pronunciariam.

¹⁴ Cfr., respectivamente, os arts. 17º, nº 2, 16º, nº 3, e 29º, nº 2. GOUVEIA. *As Constituições dos Estados Lusófonos*. Lisboa, 1993. p. 290, 384 e 560.

¹⁵ Art. 12º, nº 2, da Constituição de São Tomé e Príncipe. (Ibidem, p. 289).

¹⁶ Art. 21º, nº 2, da Lei Constitucional de Angola. (Ibidem, p. 328).

Ao nível jurisprudencial, tem sido o órgão especializado na fiscalização da constitucionalidade – o Tribunal Constitucional – produtor de algumas decisões neste domínio, acórdãos que equacionaram a consideração de alguns direitos fundamentais¹⁷: ora em acréscimo ao sentido do texto da Constituição – o Acórdão nº 6/84 para o direito geral de personalidade¹⁸, o Acórdão nº 63/85 para a presunção de inocência do arguido¹⁹ e o Acórdão nº 222/90 para o direito de audiência pública e prévia no processo civil²⁰ – ora apenas confirmando direitos fundamentais já nele consagrados – o Acórdão nº 14/84 para o direito de propriedade²¹.

Da óptica dos esforços doutrinários, sem dúvida que se assinalam elucubrações abundantes, cristalizando-se a doutrina²², numa polémica que não tem fim à vista, em torno de duas questões cruciais: o tipo de intervenção que a Constituição faculta à Declaração Universal, se apenas sendo mais favorável aos cidadãos ou se também permitindo cláusulas de limitação dos respectivos direitos; a natureza da força jurídi-

¹⁷ COUTINHO, J. L. Pereira, MEIRIM, José Manuel, TORRES, Mário, et al. *Constituição da República Portuguesa*: 2ª revisão constitucional. Lisboa, 1989. p. 35.

¹⁸ De 18 de Janeiro de 1984, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. v. 2, Lisboa, 1984. p. 259-260.

¹⁹ De 16 de Março de 1985, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. v. 5, Lisboa, 1985. p. 510-511.

²⁰ De 20 de Junho de 1990, em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. v. 16, Lisboa, 1990. p. 641 e segs.

²¹ De 8 de Fevereiro de 1984, em *Acórdãos...v. 2*, p. 350.

²² A respeito da relevância constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em termos doutrinários, v. QUEIRO, Afonso Rodrigues. *Lições de Direito Administrativo*. v. 1, Coimbra, 1976. p. 325-326; MIRANDA. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Lisboa, 1977. p. 23 e segs., *A Constituição de 1976*: formação, estrutura, princípios fundamentais. Lisboa, 1978. p. 186 e segs., *Manual...* 3. ed. Coimbra, 1991. p. 37 e segs., *Ibidem*, v. 4, p. 146 e segs., e *La Constitution portugaise...* p. 76 e segs.; ANDRADE, op. cit., p. 37 e segs.; MORAIS, Isaltino, ALMEIDA, José Mário F. de, PINTO, Ricardo L. Leite. *Constituição da República Portuguesa anotada e comentada*. Lisboa, 1983. p. 42-43; OTERO, op. cit., CANOTILHO, MOREIRA. *Fundamentos...* p. 143, e *Constituição...* p. 138-139; GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 145 e segs.

ca obtida pela Declaração Universal no seio do Direito Português, por referência ao valor supremo que é característico das normas formalmente constitucionais.

A comemoração, no ano de 1998, do cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao mesmo tempo não se olvidando ter sido a Constituição Portuguesa, no contexto constitucional internacional, a pioneira no papel, a vários títulos único, que lhe reservou, são aspectos que naturalmente dão o maior interesse e actualidade a este tema. A ele dedicaremos estas nossas modestas reflexões, em que tentaremos alcançar resultados novos.

Só temos de discordar dos termos por que a questão tem sido tradicionalmente tratada em Portugal, ainda que neles refulja o inegável esplendor que os diversos autores indiscutivelmente lhe emprestaram. São por vezes detectáveis nalgumas apreciações “inversões metodológicas” que obliteram a persuasão e o alcance que deveriam brotar da investigação²³. O que muitas vezes acontece é que, olhando-se simplesmente para a referência constitucional à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a doutrina logo com isso se basta, concluindo que o correspondente texto tem valor constitucional, e chegando-se a um conjunto de ilações que surgem como manifestamente excessivas

²³ É isso o que acontece, em geral, com as construções normativas que, seguindo uma ideia pré-concebida acerca da Declaração Universal, primeiro qualificam-na como texto de valor constitucional e só depois é que avaliam do significado e extensão das funções para as quais ela está reservada. Disso se ressentem a tese, aliás brilhantemente propugnada, de Paulo Otero, que pretende encontrar na Constituição Portuguesa exemplos de normas constitucionais inconstitucionais. É assim que vemos, primeiro, o reconhecimento da força supra-constitucional da Declaração Universal (p. 609), depois a aceitação da existência de contradições entre a Declaração Universal e a Constituição, com prevalência daquela (p. 613-614), e, finalmente, a aplicação dessa conclusão a um caso concreto, assim se comprovando a justeza da teoria de que, afinal, haveria casos de inconstitucionalidade de normas constitucionais (p. 614 e segs.).

A verdade é que a explicação dessa superioridade, a nosso ver, não pode resultar de uma qualquer análise de tipo conceptual, mas antes só deve surgir após vistas e apreciadas as funções de que a Declaração Universal é incumbida no contexto constitucional. O percurso escolhido, no nosso modesto ponto de vista, seria exactamente o inverso e, como tentaremos mostrar, também com consequências assinalavelmente divergentes.

em face da função que a Constituição quis atribuir à Declaração Universal.

Repudiamos um caminho que, partindo da adopção de um conceito de recepção constitucional, possa redundar, a seguir, numa série de resultados práticos que nem sequer testados foram pela observação hermenêutica da correspondente cláusula.

Sem ter que prestar tributo ao positivismo jurídico, privilegiaremos uma visão mais dogmática – porque sobretudo preocupada com os vectores que animam o sistema de direitos fundamentais na Constituição Portuguesa – e menos conceptualista e exegética – que unicamente interessada estivesse em aplicar conceitos, sem cuidar de que a realidade normativa por vezes não se lhes adequa de todo, indo muito para além deles.

Estamos em crer que, seguindo a metodologia de inicialmente perceber o alcance hermenêutico da cláusula constitucional e só depois concluir sobre o tipo de vinculação do texto constitucional ao texto da Declaração Universal, o percurso que propomos deve ser outro²⁴:

i) analisar, segundo os elementos normativos disponíveis, o sentido constitucional da referência que se faz à Declaração Universal, aquilatando que sectores desses dois blocos normativos entram em contacto entre si;

ii) densificar, de acordo com a formulação constitucional, o significado das funções que a Declaração Universal é chamada a desempenhar, primeiro na tarefa interpretativa e a seguir na tarefa integrativa;

iii) determinar, a partir dos resultados que estas duas prévias análises proporcionam, a posição constitucional que a Constituição Portuguesa reservou à Declaração Universal, em termos da respectiva força jurídica;

iv) avaliar, numa perspectiva eminentemente prática e não já normativa, do papel da Declaração Universal no contexto geral do sistema português de direitos fundamentais, descobrindo até que ponto a mesma se considera

²⁴ Para o qual já tínhamos, aliás, alertado em escrito anterior, quando considerámos ser necessário, na determinação do alcance da cláusula de recepção de direitos fundamentais extradocumentais, separar os planos do “...objecto do preceito e o da função que o mesmo confere à DUDH”. Somente depois dessa apreciação nos pronunciámos a respeito da qualificação a dar à Declaração Universal no âmbito do Direito Constitucional Português. Cfr. GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 147- 148.

útil, nele introduzindo algo de acrescimento valioso.

2. O âmbito normativo de aplicação

A primeira questão que hermenêuticamente se coloca na procura de um sentido normativo-constitucional para a cláusula referente à Declaração Universal dos Direitos do Homem diz respeito ao sector do ordenamento jurídico português em que faz sentido a função ordenadora específica que se quer oferecer a partir deste documento internacional.

O texto da Constituição Portuguesa, no seu afã de explicitar, de uma forma assaz completa, a utilidade desta cláusula, apressa-se a dizer que tal invocação se realiza a respeito dos “...*preceitos constitucionais e legais* relativos aos direitos fundamentais...”.

Essa é uma expressão que levanta diversas dúvidas cuja dilucidação se resume, no essencial, nisto: a natureza dos preceitos aos quais se aplica, na posição hierárquica e na contextura ordenadora; o objecto material de regulação a respeito do qual esse universo de preceitos se recorta.

A opção que a Constituição Portuguesa definitivamente tomou para os “...preceitos constitucionais e legais...” relacionados com os direitos fundamentais assume-se como bastante abrangente. Este é, portanto, o primeiro sinal de que a Constituição quis, na matéria da relevância constitucional da Declaração Universal, uma máxima efectividade da mesma, não importando os planos de posicionamento na ordem jurídica interna perante os quais vai operar²⁵.

A verdade é que nos parece que a dicotomia entre preceitos constitucionais e preceitos legais se apresenta como errada. Admiti-se que a relevância da Declaração Universal seja directamente aferível em razão das normas formalmente constitucionais; as normas meramente legais devem ser, simplesmente, consideradas despicendas²⁶.

²⁵ Incluindo ainda o facto de a expressão *preceito*, tal como a de *disposição*, abranger simultaneamente as normas e os princípios jurídicos, tendo não obstante em conta a sua diversa operacionalidade jurídica. (Ibidem, p. 147).

²⁶ Já nesse sentido, Gouveia (*Os direitos fundamentais...* p. 147), aí se dizendo, quanto aos preceitos legais, “...sendo no entanto esta parte dispensável porquanto os preceitos infraconstitucionais necessariamente estariam já vinculados àqueles”.

A eficácia que se alia à Declaração Universal já se obteria caso essa especificação não tivesse sido feita. Devido à subordinação das normas legais às normas constitucionais, se a Declaração Universal opera por referência às normas constitucionais, o mesmo inevitavelmente acontece com as normas legais sem necessidade de expressamente o dizer-se. Trata-se de uma especificação nitidamente redundante, porque de si já incluída na vinculação das normas constitucionais às funções exercidas pela Declaração Universal.

A apreciação concreta das matérias que poderiam vir a beneficiar do auxílio interpretativo e integrador da Declaração Universal, perante o contexto da mesma e das respectivas normas, só ganha sentido no âmbito das normas constitucionais. É no seu seio que aquele tipo de problemas se coloca; o Direito infraconstitucional – felizmente – prende-se com outro tipo de considerações, normalmente de índole executória, que não são pertinentes no plano material onde a Declaração Universal se vai mover, não dando assim uma utilidade prática às funções que o texto constitucional quer que por ela venham a ser exercidas.

Melhor seria dizer, por exemplo, em termos singelos, “preceitos constitucionais” ou, simplesmente, “preceitos relativos aos direitos fundamentais”, como muito bem fez a Constituição de São Tomé e Príncipe na redacção de disposição equivalente – “preceitos relativos a direitos fundamentais²⁷”.

Relativamente à delimitação dos preceitos constitucionais que importam à aplicação da Declaração Universal, a alusão que se efectua aos “...preceitos (...) *relativos aos direitos fundamentais...*” não poderia ser mais natural, tratando-se de um texto especificamente incidente na temática dos direitos humanos. Do ponto de vista da Constituição Portuguesa, nem sequer se apresentaria como discutível a localização, na respectiva sistemática, deste apelo constitucional à Declaração Universal. Se compulsarmos o texto constitucional português, logo vislumbramos que a sua parte I, onde o mesmo reside, é toda ela dedicada aos direitos fundamentais, tendo por epígrafe “Direitos e Deveres Fundamentais”.

Bem vistas as coisas, porém, uma resposta cabal à questão colocada não pode bastar-se com a mera invocação dos preceitos que, no

²⁷ Cfr. o art. 17º, nº 2, primeira parte, da Constituição de São Tomé e Príncipe.

plano constitucional, se inserem sistematicamente parte I da Constituição.

Evidentemente que aqui se descobre uma intenção de fundo de a Constituição, no âmbito de aplicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, se não contentar com a visão limitada de circunscrevê-la aos lugares onde se propala a existência de direitos fundamentais. Assenta-se neste ponto num conceito de direito fundamental que vai muito para além dos apertados horizontes que se descobrem nas divisões de tipo sistemático que a Constituição possui²⁸. A chave para a identificação deste núcleo de normas constitucionais gira em torno do conceito de direito fundamental que seja constitucionalmente adequado e, por isso mesmo, também relevante.

Essa não vem a ser uma tarefa fácil: não só a Constituição se coíbe de fornecer um critério seguro para essa definição, como ainda é certo que, por força da sobreposição histórico-regulativa dos diversos direitos fundamentais que foram sendo acrescentados desde o início do século XIX até aos nossos dias, se perdeu unidade nas teorias explicativas dos mesmos, sendo elas, cada vez mais, o compromisso (*trade-off*) entre diversas teorias que coexistem, mais ou menos serenamente, entre si.

Uma verdadeira solução só a partir do texto constitucional se pode tornar realmente operativa. Com a análise de preceito a preceito se chega à descoberta das linhas comuns às várias disposições, assim se consolidando tal conceito na submissão a diversas características idênticas. Mais do que estudar teorias importadas do estrangeiro, importa descobrir a síntese que o texto constitucional português houve por bem fazer.

Julgamos que ela assenta na combinação, para além dos aspectos formais de carácter mais óbvio, das posições subjectivas que traduzem, em primeiro plano, as teorias liberal e social, mas também, num segundo nível, as teorias democrática e marxista, todas elas presentes, ainda que com diversas intensidades, no texto constitucional português²⁹.

Levando as observações de teor material a um nível de maior profundidade, a conclusão de

²⁸ Dessa opinião, mencionando a existência de uma relação com os direitos fundamentais "...na sua totalidade...", GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 147.

²⁹ *Ibidem*, p. 402 e segs.

que a acção da Declaração Universal dos Direitos do Homem atinge os direitos fundamentais é ainda pouco explicativa, sendo certo que o texto constitucional português não concebeu esta categoria somente como um conjunto de direitos fundamentais de tipo material, exigindo ou forçando determinada conduta do Estado em favor dos cidadãos. Também a viu diversificadamente de um modo mais formal: quer em termos de regras objectivas que dão indicações quanto à actuação do Estado no domínio dos direitos fundamentais; quer em termos de reconhecimento de direitos fundamentais de sobreposição, de tipo processual ou procedimental, através dos quais se confere aos cidadãos "duplos" direitos fundamentais para protecção de primários direitos de cariz puramente material.

A pertinência das normas constitucionais que se relacionam mais de perto com a posituação dos direitos, liberdades e garantias não oferece muitas dúvidas, até porque é relativamente a elas que se criam os laços de ligação mais directa. É porém inevitável admitir, em face da natureza das normas incluídas no sistema de direitos fundamentais com estas posições subjectivas fundamentais, duas outras conexões, que nem sequer são³⁰, do ponto de vista literal, dificilmente ajustáveis:

– com as normas que, não consagrando direitos fundamentais, realizam uma missão ordenadora específica nesta sede, integrando-se portanto no seu regime, qualquer que ele seja e podendo contemplar normas materiais, organizatórias de competência, ou de cariz funcional;

– com as normas que, não positivando direitos fundamentais materiais, têm que ver com os direitos fundamentais que integram o regime daqueles, melhor concebendo a sua defesa contra as intervenções agressivas da legislação, da administração ou da jurisdição.

³⁰ Indirectamente reconhecidas, de resto, por Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 139), quando, em sede de densificação do sentido integrador do texto constitucional pela Declaração Universal, referem, no tocante aos direitos fundamentais, "...as lacunas de previsão de certos direitos, como para as lacunas de regulamentação".

Expressamente referindo, para além dos preceitos atribuidores dos mesmos, "preceitos reguladores as suas vicissitudes" e "preceitos pertinentes ao seu exercício", GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 147.

3. A função interpretativo-densificante

A primeira função que a Constituição Portuguesa entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem deve levar a cabo no sistema de direitos fundamentais é a de lhe servir de bitola interpretativa – os “...preceitos (...) relativos aos direitos fundamentais devem ser *interpretados*...”.

Trata-se de uma incumbência hermenêutica que se localiza no momento da determinação do sentido normativo subjacente às disposições constitucionais, actuando sobre o conjunto de fontes jurídicas fornecidas pelo legislador constitucional, mas que por si só não podem implicar a extracção instantânea de um sentido ordenador plausível.

É nesse contexto que a invocação da Declaração Universal aparece revestida de uma particular proeminência interpretativa.

O significado jurídico-constitucional desta função interpretativa jamais pode implicar, em primeiro lugar, a desconsideração dos diversos elementos que nela se apresentam disponíveis, no Direito Constitucional como aliás em qualquer outro sector normativo³¹.

Os elementos interpretativos literais são os que surgem como o ponto de partida, pois são eles que – mal ou bem – transmitem o sentido ordenador que a lei pretendeu no momento em que foi promanada. Estes elementos literais representam, deste modo, o código comunicacional que tem o propósito de transmitir aspectos de dever-ser que se entendeu por bem impor.

Essa tarefa ordenadora só fica, contudo, completa através do recurso a elementos extra-literais, que – não tendo já que ver especificamente com a letra da fonte constitucional – também contribuem, nas suas múltiplas facetas, para a obtenção do seu sentido normativo: os elementos histórico, sistemático e teleológico, respectivamente, atinentes à formação da fonte, à sua localização no acto legislativo de que fazem parte e ao escopo que com o mesmo se pretendeu alcançar.

O esteio interpretativo que no Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais é vivificado pela utilização da Declaração Universal dos Direitos do Homem só se torna compreensível se devidamente contextualizado no âmbito destes elementos literais e extra-literais. As normas e princípios da Declaração Universal não são

logicamente o único elemento interpretativo, mas um dos vários elementos interpretativos disponíveis.

Nem poderia ser de outro modo. Não se aceitaria que um texto constitucional só fosse interpretado por referência à Declaração Universal, com o resultado de não poder, as mais das vezes, resultar em algo de útil – seja porque a Declaração Universal é escassa relativamente ao texto constitucional; seja porque o texto constitucional, como fonte de índole legislativa que é, oferece outros elementos interpretativos que é impossível descuar.

Igualmente não podemos cair no extremo oposto de pensar que o recurso à Declaração Universal, sendo um dos elementos interpretativos operativos, se “banaliza” ao ponto de, no confronto com os outros que referenciámos, não deter uma qualquer especificidade na formação do resultado final da interpretação jurídica. Se a Constituição Portuguesa não concedeu o exclusivo à Declaração Universal para se ocupar da hermenêutica dos seus preceitos relativos aos direitos fundamentais, também não é de crer que lhe tivesse reservado um lugar de modesto relevo em comparação com esses outros elementos.

É assim que, para essa tarefa interpretativa, se afirma que a mesma deve ser efectuada “...de harmonia com a Declaração Universal...”, querendo isto implicar que se escolheu uma posição de prevalência sobre os restantes elementos interpretativos. O critério da “conformidade” com a Declaração Universal assume-se, deste modo, com uma vinculatividade específica, na busca de um sentido ordenador para as fontes constitucionais. Em termos práticos, havendo diversos contributos possíveis dados pelos elementos literais e extra-literais, é necessário conferir um certo protagonismo ao elemento interpretativo que se obtém por intermédio da Declaração Universal³².

É precisamente na determinação dos termos por que se afirma esta prevalência interpretativa da Declaração Universal que se concentra a maior dificuldade normativo-constitucional da cláusula constitucional portuguesa: algures entre a exclusividade do sentido dessa Declaração – que manifestamente se não quis, porque

³¹ *Ibidem*, p. 148.

³² CANOTILHO e MOREIRA (*Constituição...* p. 138) referem, sugestivamente, a existência do “princípio da interpretação em conformidade com a Declaração Universal”.

sobretudo impraticável – e a indiferenciação de tal elemento no conjunto dos outros elementos interpretativos presentes – que não se adequa ao especial papel que a Constituição Portuguesa vê na Declaração Universal, com a qual a interpretação das fontes constitucionais (e, por maioria de razão, a das fontes infraconstitucionais) se deve articular.

Tornando-se impossível a fixação de esquemas rígidos, só a apreciação parcelar de algumas circunstâncias nos permite fazer alguma luz sobre esta intrincada questão, que em grande medida só pode ser beneficiada através da análise de cada situação concreta³³.

Eis os possíveis pressupostos desse itinerário lógico-intelectual:

1) haver, primeiro, uma margem de incerteza interpretativa que dê azo à aplicação da Declaração Universal;

2) encontrar-se, de seguida, apoio interpretativo sobre a questão, em abstracto, em norma pertinente da Declaração Universal;

3) caber, por fim, o sentido interpretativo da Declaração Universal na margem de incerteza interpretativa da fonte constitucional.

O primeiro passo que devemos dar respeita aos condicionalismos de fundo que possibilitam colocar a hipótese abstracta do funcionamento desta cláusula. O apelo à função interpretativa da Declaração Universal deve começar por atender ao modo como surge a fonte constitucional ao abrigo da qual se pretende uma sua perspetivação.

É neste âmbito que se deve verificar uma incerteza interpretativa na fonte constitucional. Se da interpretação dos elementos, literais e extra-literais, que a respeito dela se disponham

³³ Em rigor, portanto, as fontes constitucionais sobre as quais se exerce a acção interpretativa da Declaração Universal manifestam-se provisoriamente mais como verdadeiros preceitos — de onde se pretende extrair um sentido normativo — e não tanto como normas acabadas — relativamente às quais a Declaração Universal nunca se constituiria como um adicional factor interpretativo. Bem assim andou a Constituição Portuguesa quando se referiu a “preceitos” e não a “normas” constitucionais, ao contrário do que podemos ler nas Constituições de Espanha, Angola e Cabo Verde, que identificam as respectivas fontes constitucionais objecto daquela função interpretativa como normas jurídicas, sendo certo que estas só se atingem depois de completada a operação interpretativa, na qual participa previamente a Declaração Universal.

não deriva qualquer dificuldade, não há motivo para recorrer à Declaração Universal.

Este vem assim a configurar um caso em que o recurso à Declaração Universal é, simultaneamente, desnecessário e impossível: desnecessário porque apenas pela análise dos elementos directamente relativos à fonte já se consegue saber o seu sentido; impossível porque não existe qualquer margem de incerteza perante a qual possa o apelo interpretativo à Declaração Universal realisticamente funcionar.

O recurso a este texto, não se inferindo da fonte constitucional uma qualquer margem de hesitação interpretativa, não é viável porque nesse cenário nunca poderia prestar o seu contributo. Não integra o tipo de apelo constitucional à Declaração Universal a sua função contraditante de um certo unanimismo interpretativo alcançado por todos os outros elementos aplicáveis. E como diziam os romanos, *in claris non fit interpretatio*.

A operação seguinte é dada pela análise da Declaração Universal, desta feita da óptica da incerteza interpretativa que reine no texto constitucional a este propósito. Impõe-se procurar um nexo de utilidade geral no chamamento da Declaração Universal para o esclarecimento de uma controvérsia interpretativa.

Pode suceder que, a respeito da interpretação de determinado preceito constitucional de direitos fundamentais, se não encontre preceito que naquele texto internacional possibilite a invocação de norma que possa ser pertinente. A hipótese mais provável é a de não haver preceito sequer equivalente àquele que no texto constitucional se pretende interpretar, por a Declaração Universal não ter contemplado esse assunto. Mas igualmente pode dar-se a inadequação funcional e valorativa de um preceito da Declaração Universal ao correspondente preceito constitucional, não permitindo a utilização deste parâmetro internacional.

Nesse caso, ainda que exista uma esfera de incerteza interpretativa, a Declaração Universal não pode fornecer qualquer meio de resolução da mesma. A solução tem de ser procurada sem o concurso da Declaração Universal. É assim que, em aditamento à incerteza interpretativa da fonte constitucional, é imperioso que se lhe associe a conexão de um critério interpretativo constante da Declaração Universal, que lhe é deste modo aplicável.

O terceiro momento de observação é referenciado pela especial configuração do valor

interpretativo da Declaração Universal no contexto dos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais. Interessa ainda averiguar se a Declaração Universal, como achega interpretativa, é ela mesma concretamente aplicável, podendo assim estabelecer um sentido prevalente. Já não se trata de uma oportunidade abstracta de a mesma agir, mas de uma idoneidade concreta de poder resolver o dissenso interpretativo em causa.

Tal pode, na verdade, não vir a acontecer no caso de se considerar o elemento pertinente da Declaração Universal como não podendo ter um mínimo de correspondência verbal no texto da Constituição. Tal decerto aconteceria se o recurso à Declaração Universal se revelasse intoleravelmente conflituante com os termos literais trazidos pelas fontes constitucionais. É claro que se admite a utilização de outros elementos – mas o limite de um mínimo de correspondência verbal não pode ser ultrapassado³⁴.

Outra situação em que essa idoneidade não se verifica é a que decorre da existência de um sentido incompatível com a interpretação que se atinge a partir da conjugação dos outros elementos lógicos de cariz interpretativo. O uso da Declaração Universal não é aceitável se o sentido que dela se retira se mostrar conflituante com a combinação desses outros elementos³⁵.

A bem dizer, os casos em que se antolha verosímil a utilização da Declaração Universal são limitados, devendo o universo das possibilidades lógicas que se revelam admissíveis ter que ver com duas eventualidades³⁶: por um lado,

³⁴ Nisso é claro o art. 9º, nº 2, do Código Civil, preceito por muitos considerado de validade geral em termos de técnica interpretativa: “Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”.

³⁵ Como afirmam neste ponto Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 138), o “...recurso à Declaração, como base interpretativa e integrativa dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais, não dispensa o intérprete e aplicador do direito da necessidade de recurso, em primeiro lugar, de acordo com as regras hermenêuticas, à ordem constitucional dos direitos fundamentais”.

³⁶ Conforme assinalam Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 138). Ou, como propõe Miranda (*Manual...* v. 4, p. 148), o facto de a Constituição ser interpretada conformemente à Declaração Universal determina que, “...para lá de correspondências mais ou menos claras que reforçam o preceituado na Cons-

a escolha, no caso de polissemia, do sentido interpretativo que se apresente como mais próximo do que se colha da Declaração Universal; por outro lado, o preenchimento dos conceitos constitucionais relativamente indeterminados. Há ainda quem vá mais longe e refira que a Declaração Universal se “...constitui um referencial axiológico de enquadramento unitário de todas as normas (legais e constitucionais) sobre direitos fundamentais³⁷”.

A margem de incerteza interpretativa só pode ser convenientemente resolvida pela Declaração Universal se da aplicação deste não resultar uma situação que extravase dos limites que delimitem aquela. Não podemos portanto, a este propósito, acompanhar aqueles que afastam as soluções interpretativas fornecidas pelo texto constitucional que estejam em contradição com as equivalentes fontes da Declaração Universal. A interpretação de harmonia com a Declaração Universal postula que o sentido que dela se retire possa ser funcionalmente integrável na margem interpretativa existente na fonte constitucional. A Declaração Universal jamais pode ser usada para violar esses limites.

Esta é, aliás, uma consequência que não tem nada de extraordinário se nos lembrarmos do raciocínio que preside a um critério interpretativo parente deste – o da interpretação conforme à Constituição. Trata-se de um critério que só pode ser aplicado quando as fontes infraconstitucionais tenham abertura suficiente para compreender no seu seio o sentido que se extrai da Constituição e que, através deste princípio, se torna obrigatório. Mas ainda ninguém se lembrou de dizer que do princípio da interpretação conforme à Constituição deriva a imposição, sem mais nem menos e como que “à força”, do sentido constitucional sobre o sentido que, resolutamente, se retira daquela fonte legal³⁸. A questão, assim posta, deixa de pertencer aos qua-

tuição, deparam-se mesmo alguns artigos da Declaração que utilmente esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localizações ou de informações, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto de Direito interno”.

³⁷ É o caso de OTERO, op. cit., p. 609.

³⁸ Não podemos, por isso, acompanhar ANDRADE p. 38, op. cit., e *Pólis*. Lisboa, 1984. p. 12: Declaração Universal dos Direitos do Homem. Quando este autor ainda acrescenta que, em sede interpretativa, as soluções escolhidas não podem colidir com a Declaração Universal.

dros da interpretação conforme à Constituição e passa a integrar os domínios da inconstitucionalidade³⁹.

Problema particular que aqui se põe é ainda o de saber se a Declaração Universal, nesta sua dimensão interpretativa⁴⁰, pode ser utilizada para se obter um resultado interpretativo que seja menos favorável aos cidadãos.

O tipo de apelo interpretativo que se faz à Declaração Universal não consente qualquer orientação que finalisticamente conduza a resposta só na vertente de considerar admissível o recurso à mesma para obtenção de resultados mais favoráveis do que aqueles que, de outro modo, seriam alcançados.

Constituiria uma construção plausível se houvesse paralelamente no texto constitucional português a consagração de um princípio geral de interpretação jurídico-constitucional segundo o qual, em matéria de direitos fundamentais, as disposições se interpretariam sempre no sentido mais favorável aos cidadãos (*in dubio pro libertate*)⁴¹. Só que, perante a ausên-

³⁹ Não podiam ser mais eloquentes, neste esclarecimento, as palavras de Karl Larenz (*Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa, 1989. p. 411): “Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. (...) A interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultem do sentido literal possível e do contexto significativo da lei”.

⁴⁰ Pronunciando-se contra, Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 139), embora noutra ocasião só colocando a questão dessa alternativa, sem nesse momento tomar posição (*Fundamentos...* p. 143).

Claramente a favor desse entendimento, Otero, op. cit., p. 610.

MIRANDA. *Manual...* v. 2, p. 39-40, depois de criticar a posição de Paulo Otero, ao revelar-se desfavorável aos cidadãos, vem a admitir que da Declaração Universal se tirem resultados que possam limitar os direitos fundamentais, como acontece com a cláusula do art. 29º, nº 2, dessa Declaração, que considera, no entanto, estruturalmente diversa de uma qualquer hipotética cláusula sobre restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais implicados.

⁴¹ Reconhecendo esse princípio, em ligação com o princípio da interpretação conforme à Constituição, CANOTILHO, MOREIRA. *Fundamentos...* p. 143.

cia de indicações expressas desse jaez, não é possível descortinar semelhante princípio.

O problema, diga-se, perde muito da utilidade que eventualmente pudesse ter, dada a impossibilidade de configurar em termos tão lineares a tarefa interpretativa – porque se é favorável aos cidadãos num ponto, pode ser desfavorável noutra.

Em resumo: não parece que se deva limitar, de uma perspectiva teleológica, a acção interpretativa da Declaração Universal. Esta não tem de ser necessariamente concebida para favorecer os cidadãos.

4. A função integrativo-complementadora

A outra missão que o texto constitucional português solicita à Declaração Universal dos Direitos do Homem é a de possibilitar a integração dos seus preceitos alusivos aos direitos fundamentais – os “...preceitos (...) relativos aos direitos fundamentais devem ser (...) *integrados...*”.

Esta segunda função que lhe é reconhecida situa-se já em diferente plano do da anterior: não encontrar um sentido lógico para os preceitos, mas ir mais longe, buscando respostas onde elas não podem ser fornecidas pela via interpretativa.

O sentido fundamental a atribuir à palavra “*integração*” tem que ver com a idêia de que o texto constitucional, muito humildemente aliás, aceita não ter soluções para todos os problemas que se coloquem à protecção constitucional dos direitos fundamentais.

A operatividade desta tarefa integrativa assenta no postulado da existência de lacunas normativas no sistema de direitos fundamentais, visto como um todo e para cada uma das respectivas áreas – atribuição de direitos fundamentais materiais, processuais e procedimentais ou regras objectivas de limitação do poder estadual concernentes ao respectivo regime.

O sentido de lacuna jurídica com que aqui se trabalha é, pois, o da ausência de critério decisório, que contraria o plano da ordem constitucional para este seu sector. Para que esta situação lacunar se verifique, deve preencher-se dois requisitos: 1º) não haver norma da Constituição aplicável; 2º) tratar-se de uma situação que, da óptica do sistema de direitos fundamentais gizado pela Constituição, merece regulação des-

ta, não sendo uma situação extra-jurídico-constitucional.

A ausência de uma solução no plano da norma aplicável tem, no entanto, de ser restrita ao próprio sistema constitucional, pois só nele é que tem lógica o particular conceito de lacuna jurídica que aqui se utiliza. O respectivo recorte tem de assumir uma direcção própria – permitir que, na falta de norma directamente aplicável, se lance mão dos parâmetros da Declaração Universal⁴².

Em face da verificação dessa lacuna, a função integrativa desempenhada pela Declaração Universal pode desincumbir-se de um papel inestimável. É para o efeito mister que, perante a situação lacunar do ordenamento constitucional, a Declaração Universal contenha, em termos abstractos, norma sobre a situação em apreço.

Mas essa análise geral não basta. Sabemos da Teoria Geral do Direito que é igualmente exigível que a solução concreta seja conforme ao espírito do sistema. Ora, é precisamente neste aspecto que o apelo à Declaração Universal joga o seu papel autónomo. Através da alusão que lhe faz, o legislador constitucional português considera que a Declaração Universal se adequa sempre ao espírito do sistema, preferindo-a, mesmo se contra outras eventuais soluções.

Isso acontecendo, é assim que o intérprete-aplicador deve obrigatoriamente actuar. O sentido normativo da situação que se pretende regular passa a constar, por este esquema, de um texto perene, que “...dá unidade ao quadro de valores que deve presidir à descoberta das soluções para as do ordenamento nesta matéria⁴³”. Quer isto dizer que o texto constitucional português, quando a Declaração Universal possa desempenhar esta função integrativa, adoptou um método de integração das suas lacunas através do qual a transformou numa espécie de “Direito subsidiário especial⁴⁴”.

⁴² A lacuna normativa é assim restrita à lacuna do sistema constitucional, não se identificando com a lacuna do sistema jurídico considerado na sua totalidade. Sobre estas perspectivas do conceito de lacuna normativa, v. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 9. ed. Coimbra, 1995. p. 426 e segs.

⁴³ ANDRADE. *Os direitos fundamentais...* p. 38.

⁴⁴ GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 148. Direito subsidiário que se define, nas palavras de J. Dias Marques (*Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. Lisboa, 1986. p. 177), do seguinte modo: “Trata-

A enorme vantagem que se propicia com este especial método de integração de lacunas de Direito Interno vê-se na sua caracterização como processo de raiz normativa, na medida em que, a partir desse momento, a lacuna deixa de existir – a nova norma da Declaração Universal fica a reger o caso⁴⁵. Não é isso o que normalmente sucede com os diferentes métodos de integração de lacunas que se concebem, extra-sistemáticos ou intra-sistemáticos⁴⁶: o método de teor judicialista confina-se ao caso e, este resolvido, a lacuna reaparece para outros casos; a via administrativa é restrita à limitação da aplicação individual e concreta feita a partir de actos administrativos.

A adopção deste “Direito subsidiário especial” determina que a Declaração Universal se torne no primeiro dos critérios constitucionalmente usados para preencher as lacunas do sistema de direitos fundamentais. Uma vez esta dando-se por verificada, a prioridade absoluta vai para a Declaração Universal. Só se neste texto se não encontrar resposta, é que entram em acção os outros possíveis critérios de natureza sistemático-valorativa, de tipo subsidiário ou não.

Com especial interesse na doutrina portuguesa se apresenta a matéria da introdução de regras da Declaração Universal que, não tendo qualquer paralelo na Constituição, nela desempenham uma função de limitação dos direitos humanos que prevê. Cumpre avaliar, de uma forma geral, a função de complementação que a Declaração Universal pode desenvolver numa perspectiva de ablação da esfera dos cidadãos, qual paralelo da pergunta que se fez a respeito da viabilidade de uma interpretação, por recurso à Declaração Universal, que fosse menos favorável aos cidadãos.

A posição doutrinária que se exprime contra a sua admissibilidade avança com quatro principais argumentos: a) o sentido constitucional

se de um processo técnico-legislativo frequentemente usado, o qual consiste em regular uma dada matéria apenas nos aspectos que lhe são específicos e remeter, em tudo o mais, para o regime mais completo de uma outra matéria, que é suposto haver adquirido, através do tempo, uma elaboração legislativa e doutrinária mais apurada”.

⁴⁵ GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 148.

⁴⁶ Colocando diversas hipóteses de preenchimento de lacunas normativas, em sede de Teoria Geral do Direito, v., por todos, ASCENSÃO, op. cit., p. 433 e segs.

é o de alargar – e não diminuir – a “cobertura constitucional dos direitos fundamentais”; b) a Constituição é explícita, em matéria de restrições aos direitos, liberdades e garantias, na afirmação de a respectiva possibilidade só poder ser conferida por autorização expressa, não sendo esse o caso; c) a Declaração Universal não refere nenhuma hipótese de restrição de direitos, liberdades e garantias, apenas prevendo uma cláusula geral de limitação do exercício dos direitos; d) a Declaração Universal não estabelece directamente quaisquer restrições, apenas o permitindo através da livre opção dos ordenamentos constitucionais⁴⁷.

Diferentemente, já se tem defendido a possibilidade desse tipo de cláusulas, especificamente utilizando a do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal, sem qualquer símile na Constituição Portuguesa. Segundo um dos autores que abraça esta teoria⁴⁸, esta lacuna deve ser vista não apenas à luz do sistema constitucional português⁴⁹, mas igualmente de acordo com a perspectiva sistemática dada pela própria Declaração Universal, que na sua globalidade inclui o correspondente regime de direitos fundamentais. E depois são apresentados diversos argumentos nesse sentido: 1º) os preceitos da Constituição não se reportam apenas a preceitos atributivos, mas também a preceitos do regime, podendo estes ser eventualmente limitativos; 2º) os receios de uma limitação abusiva dos direitos nunca se revelariam, com probabilidade, num texto de natureza internacional, feito precisamente no escopo de fazer esquecer, de uma vez por todas, o trágico passado da 2ª Guerra Mundial, de espezinhamento dos mais elementares direitos do homem; 3º) tratando-se de limitações ao exercício, e não de restrições ao conteúdo-objecto dos direitos fundamentais, não se compreenderia o porquê da sua proibição, nada tendo que ver com os limites que a Constituição estabelece em matéria de restrições⁵⁰.

⁴⁷ Como a de CANOTILHO, MOREIRA. *Constituição...* p. 139.

⁴⁸ MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 151. Cfr. também ANDRADE. *Os direitos fundamentais...* p. 232; OTERO, op. cit., p. 610-611.

⁴⁹ Como propõem, por exemplo, Maria Leonor Beza e Miguel Teixeira de Sousa, *Direito de associação e associações*. MIRANDA (coord.). Estudos sobre a Constituição. v. 3, Lisboa, 1979. p. 175.

⁵⁰ MIRANDA, *Manual...* v. 4, p. 266.

5. A incorporação constitucional, de tipo funcional

Este modo diferenciado como a Declaração Universal dos Direitos do Homem se afigura relevante na ordem jurídica portuguesa tem propiciado o respectivo enquadramento no âmbito da hierarquia das fontes normativas que em Portugal se estabelece.

O entendimento comum que neste aspecto se tem gizado acena para a discussão da relevância constitucional da Declaração Universal pelo facto de ser mencionada no próprio texto constitucional. Se isso acontece, é porque, de algum modo, ainda que em termos não muito claros, a Constituição Portuguesa admite que ela possa ombrear, nalguns dos seus aspectos, com a disciplina constante do estalão supremo do ordenamento jurídico-positivo português.

Simplemente, para além desta plataforma mínima e algo vaga, não se obteve ainda qualquer acordo nos vários pontos de vista expendidos quanto à intensidade da relevância constitucional da Declaração Universal.

A posição que menos relevância atribui à Declaração Universal no contexto do Direito Constitucional considera que da alusão que à mesma ali se faz não resulta qualquer efeito específico de constitucionalização. A Declaração Universal, olhando para as respectivas funções interpretativa e integrativa, apenas desempenharia um papel auxiliar do texto constitucional, numa visão ampliativa e garantística do sistema de direitos fundamentais⁵¹. A Declaração Universal nunca pertenceria, na verdade, ao conjunto eleito das normas formalmente constitucionais.

Esta posição minimalista do valor da Declaração Universal no seio do Direito Constitucional defronta-se essencialmente com a dificuldade de explicar o sentido útil da referência que a Constituição lhe faz. É que se dessa referência nada se adiantasse relativamente à respectiva força jurídico-constitucional, estaríamos então perante um preceito constitucional inútil. Ora, devemos agir, na medida do possível, seguindo a norma interpretativa que manda obter dos preceitos o máximo efeito que os mesmos possam dar.

A observação da técnica da inserção do Direito Internacional Público no Direito Interno Português confirma plenamente quanto acaba-

⁵¹ CANOTILHO, MOREIRA. *Constituição...* p. 138; BELEZA, SOUSA, op. cit., p. 175.

mos de afirmar. Consistindo num conjunto escrito de normas e princípios de Direito Internacional Geral⁵², a Declaração Universal teria sempre assegurada a sua recepção automática no

⁵² A busca da respectiva força jurídica não é um assunto, contudo, que se considere pacífico. A doutrina internacionalista tem-se degladiado, talvez sem grande utilidade, em torno de algumas qualificações a atribuir-lhe.

Do ponto de vista formal, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada, em 10 de Dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio de uma resolução, a Resolução nº 217-A (III), com a seguinte votação: 48 votos a favor, nenhum voto contra e as abstenções da Arábia Saudita, Bielorrússia, Checoslováquia, Jugoslávia, Polónia, Ucrânia, África do Sul e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

A aprovação da Declaração Universal por resolução não vinculativa determinou, da parte de alguns autores, a consideração de que se trataria de um documento meramente político, sem que pudesse alguma vez obrigar os Estados. Ele enquadrar-se-ia unicamente nas tarefas de representação política da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da qual este alto órgão chama a atenção da opinião pública internacional para os grandes problemas da Humanidade. O exercício dessa competência da cariz político seria, aliás, aquela que melhor caracterizaria o papel da Assembleia Geral, por a esmagadora maioria das respectivas deliberações serem, nos termos da Carta das Nações Unidas, meramente opinativas. As excepções situar-se-iam em alguns, poucos, aspectos em que estatutariamente se defere à Assembleia Geral a tomada de deliberações de teor vinculativo — em matéria de orçamento e em assuntos urgentes de defesa internacional.

O grupo das opiniões que consideram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na esfera internacional, sem vinculatividade não é maioritário e deparamos com uma plêiade de jusinternacionalistas que, não obstante o acto em que foi vertido o respectivo conteúdo, têm a opinião de que se está perante um texto de Direito Internacional com inequívoco sentido ordenador. Mas de novo se verificam divergências não só a respeito do motivo dessa vinculatividade como mesmo quanto à intensidade da mesma.

Para uns, tratar-se-ia de um texto de interpretação da própria Carta das Nações Unidas, beneficiando do valor que a esta se atribui. No fundo, seriam disposições que concretizariam os princípios que esta Carta já conteria em matéria de direitos humanos.

Para outros, a resolução que aprovou a Declaração Universal outra coisa não faria senão formalizar, num texto escrito, um conjunto de normas internacionais de natureza costumeira, com âmbito geral, aplicáveis à generalidade da comunidade internacional.

Há ainda quem lhe conceda, a partir da aceitação formal da existência de um Direito Internacional Impositivo, a qualidade de *jus cogens* introduzida pela Convenção de Viena sobre o Direito de Tratados celebra-

nosso Direito Interno⁵³. A respectiva vigência, enquanto conjunto de normas e princípios pertencentes ao Direito Internacional, já assim se alcançaria, nada podendo acrescentar, neste particular, o art. 16º, nº 2, da Constituição Portuguesa. O sentido ordenador trazido por este preceito redundaria num evidente fracasso, nada dizendo de novo quanto ao que já se tivesse obtido através das normas de recepção de Direito Internacional.

Inequivocamente pensamos que o art. 16º, nº 2, da Constituição ostenta uma relevância no plano das normas formalmente constitucionais. Nem outra coisa se poderia depreender do facto de o legislador constitucional ter querido especificamente vincular aqueles preceitos às suas normas. Algum significado constitucional é forçoso atribuir-se a um preceito que manda o intérprete-aplicador atender à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No extremo oposto do valor mínimo que se atribui à Declaração Universal no contexto constitucional situa-se a construção que chega ao ponto de acreditar que aquele texto internacional possua uma força supra-constitucional, subjugando a própria Constituição formal Portuguesa.

A base desta tese é, no fundo, apenas de índole literal e atende exclusivamente à fórmula

dos em Estados, um valor reforçado que se explicaria pela sua integração neste núcleo duro do Direito Internacional, composto pelos valores fundamentais da comunidade internacional. Pela importância das matérias abrangidas, não seria legítimo operar-lhe uma qualquer derrogação particular, aplicando-se sem excepção a todos os membros da comunidade internacional.

Com alguns contributos a respeito desta discussão, v. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional: introdução à teoria da Constituição*. Braga, 1979. p. 162-163; ANDRADE. *Declaração Universal...* p. 11 e segs.; MORAIS, ALMEIDA, PINTO. op. cit., PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra, 1993. p. 392-393; MIRANDA. *La Constitution portugaise...* p. 75-76.

Aderimos à posição expressa, por exemplo, por MIRANDA (*La Constitution portugaise...* p. 76), propugnando para a Declaração Universal esta natureza de Direito Internacional Geral.

⁵³ Não parece ser este o entendimento de CANOTILHO e MOREIRA (*Constituição...* p. 138), ao, essencialmente, admitirem tal relevância no plano do Direito Internacional, colocando-a em termos dubitativos: “Se alguns dos princípios consagrados nesta Declaração forem também normas de direito internacional (consuetudinário ou convencional), então serão estas normas que vigorarão na ordem interna portuguesa, de acordo com o art. 8º, como verdadeiro direito”.

constitucional que determina a interpretação e integração dos preceitos relativos aos direitos fundamentais “de harmonia” com a Declaração Universal. Por aqui se demonstraria que sendo, no fim de contas, a Constituição a harmonizar-se com a Declaração Universal, esta ser-lhe-ia superior⁵⁴.

Posteriormente, esta construção seria objecto de alguns desenvolvimentos, admitindo outro autor que ela implicaria uma prevalência global da Declaração Universal sobre a Constituição, mesmo se menos favorável aos cidadãos⁵⁵, e defendendo-se concretamente, por esta via, a existência de normas constitucionais inconstitucionais⁵⁶.

Os argumentos que nos impelem à rejeição deste posicionamento doutrinário, muito mais radical do que o anterior, são naturalmente mais veementes e assentam em aspectos semânticos, lógicos e normativos.

Da perspectiva da significação constitucional, esta teoria assenta, segundo nos parece, numa leitura forçada da expressão constitucional que apela à interpretação e integração dos preceitos sobre direitos fundamentais “de harmonia” com a Declaração Universal. A expressão *harmonia* não pode ter um sentido de “im-

posição”, antes tem um sentido de “correspondência”. Temendo o legislador constitucional português perder a oportunidade da ajuda preciosa que a Declaração Universal lhe pudesse dar, quis generosamente o seu concurso, sem que daí extraísse as consequências de que a mesma passaria a comandar os destinos constitucionais em Portugal!

Pensando em termos normativos, esta é uma construção toda ela feita na pressuposição de algo que, na verdade, nunca pode acontecer. Idealizando uma situação de contradição entre a Constituição e a Declaração Universal, conclui-se que se é a primeira que se harmoniza com a segunda, logo a segunda prevalece e é-lhe, portanto, superior. Só que tal situação de colisão de sentidos normativos é, de todo, impossível de ocorrer porque não foi esse o tipo de apelo que a Constituição dirigiu à Declaração Universal. A prevalência, como critério de resolução de antinomias normativas, tem por condição a impossibilidade de convívio entre duas proposições jurídicas⁵⁷. Ora, a verdade é que, como pudemos observar, tivemos de afastar as hipóteses de conflito entre uma norma da Constituição Portuguesa e uma norma da Declaração Universal, pela própria natureza da função que esta vai desempenhar a pedido daquela. Do que se trata é de acolher as funções hermenêuticas concretas que se consideram ser úteis na Declaração Universal; não está – nem nunca esteve – em causa aceitar que a Declaração Universal possa servir de fonte autónoma, em concorrência com as fon-

⁵⁴ Tese elaborada por Queiró (op. cit., p. 326), em todo o caso temperada por uma aplicação sempre de índole mais favorável aos cidadãos: “Na medida em que os dois documentos em algum ponto colidam e contenham, portanto, valorações diferentes não podendo ser executados ao mesmo tempo (lacunas de colisão), afigura-se-nos ter sido, em último termo, pensamento do legislador constituinte dar primazia à Declaração, pelo menos se e quando esta seja mais aberta, generosa e liberal que a nossa Constituição. O nosso legislador constituinte não terá certamente querido colidir com a Declaração, ficando atrás desta em matéria de direitos fundamentais”.

⁵⁵ OTERO (op. cit., p. 610), chegando mesmo a dizer “...essa prevalência é cega a concepções valorativas...”, configurando, como impressivamente afirma, “...um verdadeiro casamento ‘para o bem e para o mal’...”, podendo servir mesmo para limitar ou restringir direitos fundamentais, indo para além da mera cláusula reguladora do exercício dos mesmos constante do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal.

⁵⁶ OTERO (ibidem, p. 618), que defende assim a inconstitucionalização das normas constitucionais provisórias que excepcionaram, por razões histórico-revolucionárias muito compreensíveis e atendíveis, o princípio do *nullum crimen sine lege*, permitindo a incriminação e julgamento, com efeitos retroactivos, do agentes da Pide/DGS que, no tempo da ditadura, perpetraram vários crimes.

⁵⁷ Só temos assim de concordar com MIRANDA (*Manual...* v. 4, p. 150), quando esse insigne constitucionalista considera que não se pode conceber a prevalência das normas da Declaração Universal sobre as normas da Constituição documental se estas forem originárias e não supervenientes, porquanto a recepção daquela fica condicionada à inexistência de uma qualquer hipótese de conflito.

Mas se assim não for, não podemos aceitar o pressuposto lógico em que assenta essa asserção, que é a de que possa haver uma contradição entre aqueles dois conjuntos normativos. O problema só pode resolver-se a montante: como o apelo à Declaração Universal é meramente interpretativo e integrativo, em rigor, nunca chega a haver um conflito de sentidos normativos que se plasme em fontes inconciliáveis entre si; quando muito, vários sentidos divergentes que não são suficientes para configurar, em termos metodológicos, uma hipótese de contradição normativa, que só aparece finda a operação hermenêutica.

tes formais da Constituição Portuguesa. Essas funções actuam depois das fontes e em caso algum podem desembocar num conflito⁵⁸.

Em termos puramente lógicos, custa a perceber por que razão da própria norma constitucional se consegue aceitar uma outra norma que lhe seja superior. Aqui reside o paradoxo da autovinculação, tão em voga algumas décadas atrás: se alguém é livre para se vincular, não havendo uma autoridade superior que se lhe imponha, também o é para se desvincular. Mas por aqui se vê que o fenómeno da autovinculação é meramente aparente porque em qualquer altura, tal como se autovinculou, o legislador constitucional poderia autodesvincular-se. É ele sempre a autoridade máxima através do poder constituinte que, em qualquer momento, lhe corresponde.

Localizando-se a meio caminho entre estas duas posições extremas, minimalista uma e maximalista a outra, encontramos uma posição intermédia, que equipara a força jurídica da Declaração Universal à das normas formalmente constitucionais. O facto de a Constituição apelar para as funções interpretativa e integrativa outra coisa não pretenderia dizer senão acentuar a recepção desse mesmo texto no conjunto do ordenamento constitucional português, passando a fazer parte dele⁵⁹. Da perspectiva da distribuição das normas formalmente constitucionais, a Declaração Universal constituiria um núcleo, também formalmente constitucional, mas que se situaria fora da Constituição documental, esta vista apenas como um código unificando todas as normas formalmente constitucionais.

Simplesmente, há algumas dúvidas que esta teoria não consegue resolver. O apelo da Constituição Portuguesa à Declaração Universal não é idêntico àquele que a mesma efectuaria se pretendesse receber todo um acervo normativo.

O texto constitucional está unicamente interessado em ressaltar certas funções que se podem obter da Declaração Universal. Em nenhum lugar se diz que a Declaração Universal é incorporada na Constituição, ou sequer ela é assim vista de uma forma global. Proclama-se é que em termos interpretativos e integrativos ela tem

⁵⁸ Como não recordar aqui as palavras de Karl Larenz, a propósito de princípio intelectualmente idêntico, segundo o qual a "...interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei".

⁵⁹ MIRANDA, *Manual...* v. 2, p. 38.

uma palavra determinante, o que é muito diferente. Não é o texto da Declaração Universal enquanto tal – e também, por isso mesmo, não se previu a sua publicação em anexo – que vige, apenas a sua utilização no contexto das operações específicas que deixámos assinaladas⁶⁰.

Assim seria, na verdade, se o texto português tivesse adoptado a redacção do texto da Constituição de São Tomé e Príncipe, no qual se anuncia a adesão global do ordenamento interno à Declaração Universal como um texto jurídico-internacional genericamente vinculante⁶¹. Eis um contraste de fórmulas constitucionais que não pode deixar de ter a sua tradução do ponto de vista das consequências da respectiva incorporação.

A contextualização desta Declaração Universal no seio do esquema constitucional gizado para as fontes constitucionais do sistema de direitos fundamentais do mesmo modo depõe contra esta construção. Aceitando-se – como nós aceitamos – que a constitucionalização de normas atributivas de direitos fundamentais se faz através do art. 16º, nº 1, da Constituição, esta concepção acerca do valor constitucional global da Declaração Universal esbarraria na redundância recíproca dessas cláusulas, o que decerto o legislador constitucional quis

⁶⁰ Igualmente contestamos a qualificação que os seguidores desta tese tomam a respeito da recepção que quer ver na Declaração Universal dos Direitos do Homem um exemplo de recepção formal e não de recepção material — porque o texto valeria por si próprio e nunca inserido numa qualquer lógica de mera complementação de lacunas. Cfr. MIRANDA. *La Constitution portugaise...* p. 77.

A distinção conceptual que existe entre estas duas espécies de recepção, segundo nos diz a Teoria Geral do Direito, parece-nos ser outra, tendo que ver com o facto de a recepção atender ao sentido normativo recebido — cristalizando-o definitivamente (recepção material) — ou ao sentido que, em qualquer momento, certa fonte promane, em atenção ao poder normativo que lhe está subjacente (recepção formal).

A separação que João de Castro Mendes (*Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa, 1984. p. 66-67) adopta entre norma de remissão material e norma de remissão formal pode dar uma ajuda: "A remissão material é remissão para certa norma, em atenção ao seu conteúdo. A remissão formal é remissão para certa norma, em atenção apenas a ser aquela que em certo momento regula na ordem jurídica determinado problema".

⁶¹ Cfr. o art. 12º, nº 2, da Constituição de São Tomé e Príncipe.

afastar⁶². Sendo a Declaração Universal um texto de Direito Internacional, aplicável nos termos gerais no Direito Português, não se enxergaria o efeito autónomo – e por isso útil – a dar à respectiva invocação: a sua constitucionalização já seria uma realidade através da cláusula aberta de direitos fundamentais atípicos. O legislador constitucional, deste modo, estaria a prever o previsto, num manifesto *déjà vu* jurídico-constitucional. O seu papel apenas se resumiria ao tipo de normas que não fosse acolhido pela cláusula aberta – as normas respeitantes ao regime dos direitos fundamentais, bem como as respectivas figuras afins⁶³.

De acordo com a nossa visão acerca da força jurídica da Declaração Universal, a resposta não pode ser conceptualisticamente formulada em termos de saber se a Declaração Universal é constitucional, supra-constitucional ou infra-constitucional. Os conceitos utilizados (concernentes à recepção constitucional) podem servir noutros aspectos de relacionamento do Direito Constitucional com sectores do Direito Interno ou com o Direito Internacional, mas são inaptos para resolver esta dificuldade. Por demais evidente transparece que a Constituição rejeitou uma solução dicotómica “de ser ou não ser” e atendeu, sobretudo, aos aspectos materiais que a Declaração Universal pode oferecer ao texto constitucional.

A relevância constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem assume, deste modo, um cariz eminentemente funcional, na medida em que a respectiva incorporação não é feita em bloco ou por conjuntos normativos; ela é antes substancialmente aferida pelo tipo de ajuda que pode dar ao texto constitucional em termos interpretativos e integrativos. Não vale sempre o mesmo e em toda a sua extensão. Pelo contrário, apresenta-se com uma relevância constitucional móvel e flexível, variando segundo os pontos de vista e as perspectivas de análise, se e na medida em que possa desempenhar essas peculiares funções hermenêuticas.

Não se trata, no entanto, de limitação de tipo material ou de tipo temporal: não de tipo material porquanto todo o texto da Declaração Universal é uniformemente eficaz, inexistindo partes que contem menos, o mesmo se podendo dizer do universo das normas que se lhe submetem em termos de definição do âmbito do res-

⁶² GOUVEIA, *Os direitos fundamentais...* p. 347 e segs.

⁶³ *Ibidem*, p. 325 e segs.

pectivo alcance; não de tipo temporal uma vez que não se observa a Declaração Universal com um certo conteúdo histórico ou que eventualmente só pudesse funcionar inicialmente no momento da entrada em vigor da Constituição, permanecendo o seu sentido normativo actuante e dinâmico, sempre aberto a novas aplicações e soluções.

Somos de opinião de que a força jurídico-constitucional da Declaração Universal, que é indubitável, se confina ao sentido ordenador que pode ser obtido em cada uma das dimensões funcionais que tivemos ocasião de assinalar:

a) *função interpretativa* – é constitucionalmente vinculativa na medida em que, de entre vários elementos interpretativos disponíveis, possa representar o sentido interpretativo prevalecente, numa ideia de interpretação em conformidade com a Declaração Universal⁶⁴;

b) *função integradora* – é constitucionalmente vinculativa na medida em que, no contexto das suas regras de atribuição de direitos fundamentais e do respectivo regime, se pode admitir a permanência, a título de integração normativa de lacunas, de algumas das respectivas disposições⁶⁵.

6. Da escassez prática ao elevado significado político

A apreciação do lugar da Declaração Universal dos Direitos do Homem na Constituição Portuguesa decerto que ficaria incompleta se não pudéssemos vislumbrar situações em que tudo quanto dissemos fosse aplicável.

⁶⁴ A esse propósito dizendo Ascensão (Direito de autor e direitos fundamentais. In: MIRANDA (org.). *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição*. Coimbra, 1997. v. 2, p. 189), que “O sentido do art. 16/2 é antes o de tomar a Declaração como elemento hermenêutico auxiliar da Constituição portuguesa”.

⁶⁵ Esse parece ser o sentido constitucionalmente perfilhado por Sousa (op. cit., p. 163), ao dizer que a Constituição recebe a Declaração Universal como “fonte subsidiária de Direito”.

Também nesse sentido expressamente nos pronunciamos: “Não quer isto dizer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem não assuma uma força constitucional normativa; ela insere-se, sim, num processo de integração de lacunas e faz parte do Direito Constitucional Português enquanto Direito subsidiário, aplicando-se em tudo quanto não esteja estipulado no código constitucional”. Cfr. Gouveia, *Os direitos fundamentais...* p. 148.

A consideração conjunta dos três aspectos fulcrais que importa observar nessa análise – por um lado, as opções concretas que o legislador constitucional tomou na modulação da cláusula, por outro lado, as características gerais que se encontram no sistema de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional e, por fim, o sistema de fontes dos mesmos – provoca uma acentuada escassez de resultados práticos que sejam proporcionados por esta cláusula.

Mas não cremos que, relativamente ao sentido que a Constituição Portuguesa quis que ela desempenhasse, o saldo seja o de uma vitória meramente pírrica, servindo muito pouco ou mesmo para nada, apenas eventualmente alimentando debates doutrinários mais ou menos estéreis⁶⁶.

Em termos de opção do legislador constitucional, é verdade que se registra uma tendência muitíssimo constringente na amplitude com que se concebe tal cláusula.

O ponto principal sem dúvida que é constituído pela inadmissibilidade de a Declaração Universal se revelar como uma fonte ampla no sistema constitucional de direitos fundamentais, capaz de por si só desencadear um conflito inter-normativo e, depois, prevalecer sobre qualquer outra norma.

Mas também ao nível de cada uma das funções assinaladas se notam dificuldades na procura de um espaço autónomo de ordenação:

– em termos de interpretação, porque as normas da Declaração Universal são em muitos casos pouco precisas, beneficiando o texto constitucional de um passado já bastante experiente, não tendo também de fazer concessões entre tendências que, no plano internacional, eram, até há bem pouco tempo, muito visíveis (basta pensar no conflito Ocidente-Leste);

– em termos de integração, porque a Declaração Universal, como seria posto a nu pelos Pactos Internacionais de 1966, tem lacunas acentuadas em matéria de regime de direitos fundamentais, não cuidando também convenientemente das diversas cláusulas que, internamen-

⁶⁶ A esse propósito, Canotilho e Moreira (*Constituição...* p. 138) afirmam mesmo que “...a questão é praticamente irrelevante, pois a Constituição não só consumiu a Declaração – sendo muitas das disposições constitucionais reprodução textual, ou quase textual, de disposições daquelas – mas também incluiu direitos não referidos na Declaração”.

te, devem limitar a acção agressiva do legislador infraconstitucional.

No seio das opções que o legislador constitucional fez quanto à modulação da cláusula de incorporação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, escolheu-se um sistema extremamente restritivo, que não se compadece sequer com as excessivas potencialidades aplicativas que, algo quixotesicamente, parte da doutrina lhe assinala.

Do mesmo modo as peculiares características do sistema de direitos fundamentais não são alheias a esse resultado, sistema de direitos que, no seio da Constituição Portuguesa, aparece – arriscamo-nos a dizê-lo – como um dos mais aperfeiçoados do Globo.

Isso é verdade, *primo*, quanto às diversas gerações de direitos fundamentais que se consagram, sendo possível identificar as três que hoje se reconhecem: da 1ª geração, os direitos civis e políticos; da 2ª geração, os direitos de natureza económica e social, ligados às preocupações do Estado Social; e da 3ª geração, os direitos ao ambiente e qualidade de vida, os direitos dos consumidores e os direitos de protecção da pessoa em face da utilização da informática. Por aqui se percebe que o elenco dos direitos fundamentais constante do texto da Constituição vai muito para além do limitado número daqueles que se antevêm na Declaração Universal.

Isso é verdade, *secundo*, a respeito das regras que caracterizam o regime dos direitos fundamentais. É notável a preocupação que a Constituição Portuguesa mostrou neste domínio, indo muito para além da mera positivação atributiva dos direitos fundamentais. E decerto que não foi esquecida a terrível lição do passado recente do constitucionalismo português. Observam-se, no plano mais geral dos direitos fundamentais enquanto categoria unitária, significativas regras constitucionais que fixam importantes limites à acção do poder público⁶⁷, como sucede com os princípios da universalidade e da igualdade, sem contar com a rigidez constitucional que é constitutiva do conceito de direito fundamental.

Isso é verdade, *tertio*, nos notáveis progressos que se deram numa das categorias particulares por que se repartem os direitos fundamentais, por oposição aos direitos económicos, sociais e culturais – os direitos, liberdades e ga-

⁶⁷ Com um tratamento genérico do tema, v., por todos, MIRANDA. *Manual...* v. 4, p. 193 e segs.

rantias. Pelo facto de serem protectores de bens que, para a Constituição, se afiguram como os mais valiosos, o regime que lhes está reservado apoia-se numa maior efectividade, proporcionada pela respectiva consagração através de normas preceptivas⁶⁸, que não se sujeitam à volubilidade da realização de condições de facto, com vista à sua aplicação, inerente às normas programáticas. É de elencar algumas dessas regras mais significativas⁶⁹:

a) *aplicabilidade directa*, não carecendo de uma *interpositio legislatoris* para se tornarem operantes;

b) *vinculação das entidades públicas*, mesmo para os mais relapsos actos jurídico-constitucionais segregados no exercício das funções política e jurisdicional;

c) *vinculação das entidades privadas*, com aplicação dos direitos fundamentais mesmo nas relações entre entidades privadas;

d) *restrições sujeitas a um severo regime gizado pela Constituição*, quer quanto às situações em que pode ter lugar, quer quanto à forma por que as mesmas se verificam;

e) *suspensão submetida às limitações decorrentes da decretação do estado de sítio e do estado de emergência*, as quais asseguram o exercício limitado do poder de excepção;

f) *reserva de lei parlamentar*, enquadrando a intervenção legislativa, ablativa ou reguladora;

⁶⁸ Assim, Gouveia (*Os direitos fundamentais...* p. 437- 438): “Da nossa parte, preferimos um critério de teor normativo, pelo qual a qualificação de um direito fundamental como análogo aos direitos, liberdades e garantias se faça através da espécie de norma que o positiva, a revestir sempre uma natureza preceptiva e nunca programática. É uma conclusão que parte da observação das normas que positivam os direitos fundamentais considerados pela CRP direitos, liberdades e garantias e da razão de ser da separação existente entre o regime específico destes e o regime específico dos direitos sociais”.

⁶⁹ Sumariando as características dos direitos, liberdades e garantias, bem como do regime que os acompanha, v. Miranda. *Estudos sobre a Constituição*. v. 3, Lisboa, 1979. p. 41 e segs.; O regime dos direitos, liberdades e garantias, e *Manual...*, v. 4, p. 275 e segs.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 210 e segs.; CANOTILHO, MOREIRA, *Fundamentos...* p. 109 e segs., 121 e segs., e *Constituição...* p. 139 e segs.; CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, 1993. p. 577 e segs.; GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 439-440.

g) *direito de resistência*, em geral contra qualquer ordem que atinja os direitos, liberdades e garantias;

h) *protecção acrescida através dos limites materiais de revisão constitucional*.

Perante esta abundância de normas atributivas de direitos fundamentais, bem como de normas referentes ao respectivo regime, o espaço que sobra para uma eventual intervenção suplementar e criadora da Declaração Universal dos Direitos do Homem é, como se percebe, bastante reduzido.

Igualmente se nota nas fontes do sistema de direitos fundamentais uma meritória abertura que, em larga escala, diminui as situações lacunares na positivação desses direitos.

A plataforma de base é constituída pela tipologia que dos mesmos se encontra no texto constitucional, em boa medida concentrada no lugar próprio. Só que de modo algum o texto constitucional se fecha a outros direitos que aí também se encontram, admitindo a possibilidade de direitos fundamentais dispersos ou não enumerados. O texto constitucional abre-se a direitos fundamentais consagrados noutras das suas partes, recusando encerrar formalmente esta realidade e favorecendo direitos que, por razões várias, não puderam localizar-se na parte da Constituição primacialmente referente aos direitos fundamentais.

Não se contentando com o alargamento aos direitos tipificados fora da parte I, a Constituição Portuguesa admite que, com idêntica força constitucional, outros direitos fundamentais não tipificados no texto constitucional sejam ainda considerados – os direitos fundamentais atípicos⁷⁰. É precisamente a esse propósito que a

⁷⁰ Quanto ao alcance desta cláusula de direitos fundamentais atípicos, v. João de Castro Mendes, *Os direitos, liberdades e garantias*: alguns aspectos gerais. *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977. p. 103 e segs.; MIRANDA. *A Constituição de 1976...* p. 324 e segs., *Manual...* v. 4, p. 152 e segs., e *La Constitution portugaise...* p. 87 e segs.; SOUSA, Rabindranath Capelo de. A Constituição e os direitos de personalidade. In: MIRANDA (org.). *Estudos sobre a Constituição*, v. 2, Lisboa, 1978. p. 193-194; ANDRADE. *Os direitos fundamentais...* p. 30 e segs., e 76 e segs.; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra, 1985. p. 135 e segs.; MORAIS, ALMEIDA, PINTO, op. cit., p. 42; MOTA, Henrique. Le principe de la liste ouverte em matière de droits fondamentaux. In: LA JUSTICE constitutionnelle au Portugal. Paris, 1989. p. 177 e segs.; CANOTILHO, MOREI-

Constituição apela a fontes, em princípio, infra-constitucionais – como as leis e as normas de Direito Internacional – e que depois são constitucionalizadas no que tange à atribuição do novo direito fundamental.

No plano das fontes, verifica-se que a Constituição Portuguesa, num gesto de manifesto pluralismo normativo, tem uma visão abrangente, não reduzindo os direitos fundamentais àqueles que tiveram a sorte de ter surgido num momento histórico e concreto da aprovação da Constituição e como tal sendo explicitamente qualificados, de acordo com o poder constituinte que então se estabeleceu.

Mas em que termos, ao fim e ao cabo, é possível retirar alguma utilidade prática da incorporação funcional da Declaração Universal dos Direitos do Homem na Constituição Portuguesa e, com isso, demonstrar que essa incorporação não redundou numa qualquer “decepção” normativo-constitucional?

Não obstante a escassez de resultados que se devem aos vários factores que ficaram equacionados, estamos em crer que, ainda assim, é possível vislumbrar situações específicas em que se consegue assacar à Declaração Universal um papel nada desinteressante na edificação do sistema português de direitos fundamentais. Sem pretender esgotar esse tipo de análise, que não se inclui sequer nos nossos propósitos, é possível avançar com alguns exemplos:

a) na *função interpretativa*⁷¹ – podem alguns dos direitos fundamentais consagrados

RA. *Fundamentos...* p. 115 e segs., e *Constituição...* p. 116 e segs., e 137-138; CANOTILHO. *Direito Constitucional*, p. 528-529; GOUVEIA. *Os direitos fundamentais...* p. 293 e segs.

⁷¹ Este é um problema que já tem sido substancialmente equacionado pela doutrina portuguesa, dedicando-lhe, por exemplo, Miranda (*Manual...* v. 4, p. 148-149) alguns exemplos que vivificariam essa relevância prática, assim sucedendo com: o art. 1º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e consciência de que todos os homens são dotados; o art. 2º, primeira parte, ao esclarecer que as causas de discriminação o são a título exemplificativo; o art. 2º, segunda parte, ao impor um tratamento por igual aos estrangeiros; o art. 7º, segunda parte, ao atribuir direito de protecção igual contra qualquer discriminação; o art. 9º, ao estabelecer que ninguém pode ser arbitrariamente exilado; o art. 16º, nº 1, ao mencionar o direito de casar e de constituir família; o art. 16º, nº 2, ao estabelecer que o casamento exige o livre e pleno consentimento dos esposos; o art. 22º, segunda parte, ao fazer depender a realização dos direi-

ser melhor densificados através dos equivalentes preceitos da Declaração Universal: no direito à vida, atende-se também à vertente prestativa, ou seja, o direito de sobrevivência; no direito de nacionalidade, inclui-se o aspecto do direito de mudar de nacionalidade ou de a ela renunciar; no direito de asilo, este não pode ser invocado por quem tenha praticado crimes de delito comum ou contra as finalidades das Nações Unidas; no direito à remuneração laboral, a retribuição justa não é apenas vista em termos individuais, mas em termos familiares⁷²;

b) na *função integrativa*⁷³ – é viável acrescentar mais alguns elementos só mencionados nas normas da Declaração Universal: como a imposição de deveres para com a comunidade, num empenhamento colectivo do cumprimento assim reflexo dos direitos fundamentais; ou como a cláusula de limitação ao exercício de direitos fundamentais, cuja admissibilidade não podemos contrariar, a qual não foi contemplada por causa de um manifesto complexo político-histórico⁷⁴.

Só que em Direito Constitucional, diversamente do que possa suceder noutros ramos do ordenamento jurídico, o sentido político-simbólico das disposições das Constituições tem qua-

tos de cariz social do esforço nacional e da cooperação internacional, segundo a organização e os recursos do país; o art. 26º, nº 2, ao dizer que a educação deve visar a plena expansão da personalidade humana e o reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; o art. 26º, nº 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade da escolha do género de educação a dar aos filhos.

⁷² Cfr., respectivamente, os arts. 25º, nº 1, 15º, nº 2, 9º e 23º, nº 3, da Declaração Universal.

⁷³ Também aqui, a doutrina portuguesa tem obtido resultados, uma vez mais pela mão de Miranda (*Manual...* v. 4, p. 151), que refere os seguintes exemplos, para além da própria cláusula do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal (*Manual...*, v. 4, p. 264 e ss.): o art. 10º, na medida em que abrange outras formas de processo além do processo penal; o art. 15º, nº 2, segunda parte, consagrando um direito de mudar de nacionalidade; o art. 17º, nº 2, uma vez que a proibição de privações arbitrárias da propriedade deve abranger, quer a propriedade privada quer a propriedade comunitária e quaisquer outras que venham a existir; o art. 18º, quanto à liberdade de pensamento; o art. 24º, prevendo o direito de todas as pessoas – não unicamente os trabalhadores – ao repouso e aos lazeres; os arts. 29º e 30º, impondo deveres e limites aos direitos.

⁷⁴ Cfr. o art. 29º, nos seus nºs 1 e 2, da Declaração Universal.

se tanta importância quanto o seu sentido normativo-hermenêutico.

A invocação da Declaração Universal dos Direitos do Homem no texto constitucional implica, paralelamente ao seu sentido normativo, o comprometimento do Estado Português no movimento de protecção dos direitos do homem. A alusão ao respectivo texto precursor no plano internacional é um gesto seguro, em termos políticos, dessas obrigações assumidas⁷⁵.

A escassez prática da invocação constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem é assim largamente compensada pelo intenso significado simbólico-político que se lhe associa, como o prova, de resto, o papel que ela teve na decisiva caminhada em torno da defesa dos direitos do homem em todo o Mundo, por causa dos quais é lícito dizer que a segunda metade do século XX ficará indelevelmente assinalada como um dos períodos de maior progresso da Humanidade.

⁷⁵ Recordemos, neste ensejo, as impressivas palavras de ANDRADE (*Declaração Universal...* p. 12-13): “Independentemente, porém, do seu valor jurídico, a Declaração desempenhou e desempenha um papel histórico de relevo. Desde o momento da sua aprovação, governos, igrejas, partidos políticos, associações cívicas, grupos de interesse, entidades culturais, personalidades, homens da rua em todos os

cantos do mundo, independentemente de opções ideológicas, respeitam-na, invocam-na, ou, pelo menos, temem-na. Não sendo um documento jurídico obrigatório, foi a partir dela que se começou a impor a ideia de que a situação e o tratamento dos indivíduos não é um assunto interno do Estado respectivo, mas uma questão que interessa a toda a comunidade internacional”.

Constituição, soberania e Mercosul

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

*“Vapor Barato, um mero serviçal do narcotráfico
Foi encontrado na ruína de uma escola em construção*

Aqui tudo parece que é ainda construção e já é ruína

Tudo é menino e menina no olho da rua

O asfalto, a ponte, o viaduto ganindo para a lua

Nada continua

...

Eu não espero pelo dia em que todos os homens concordem

Apenas sei de diversas harmonias bonitas possíveis

Sem juízo final

Alguma coisa está fora da ordem

Fora da nova ordem mundial”.

Fora da Ordem – CAETANO VELOSO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O constitucionalismo contemporâneo: sentido e funções da Constituição. 3. Constituição e direito supranacional. 4. Constituição e soberania no Direito brasileiro. 5. A Constituição da República Brasileira e o Mercosul. 6. Conclusão.

1. Introdução

O homem multiplica-se. Em sua versão individual, em sua versão social, em sua aspiração política, em sua conspiração voltada ao geral, em seu eterno tornar-se. Democratiza-se o homem; diversifica-se ele, amplia-se.

Não é que antes o homem não se modificasse sempre. É que agora as mudanças fazem-se como turbilhão incessante. Não há tempo para se adquirir o hábito das coisas ou das instituições. O que antes era novo já se fez velho antes mesmo de ser conhecido. E é, então, descartado.

O próprio homem parece ver-se alvo de comportamentos, especialmente no espaço dos escambos mercantis, que o tratam, em grande parte, como algo descartável, suprimível, ou pelo menos facilmente substituível.

As criações humanas proliferam, desfazem-se, liquefazem-se.

Antes, e durante séculos, houve um modelo de organização religiosa, projetada pela Igreja, a qual, conquanto não única nos diversos grupos humanos, adotava um mesmo formato, o mesmo paradigma de regras a fundamentar-lhe a estruturação. Mesmo quando novas Igrejas eram instituídas – a protestante ou a anglicana, para citar dois exemplos –, o modelo inicial perseverava.

Todavia, a Igreja não foi capaz de superar a incrível distância entre os seus postulados, dogmas e pompas e as indagações dos homens que lhe seguiam os mandamentos. O reino da terra faz-se cada vez mais próximo e doído e requer respostas. O reino dos céus faz-se cada vez mais distante e os seus resultados não se mostram. O homem busca, então, novos caminhos, atalhos que satisfaçam, mais proximamente, ou pelo menos lhe dêem a ilusão de saciarem-se suas fomes, suas paixões, consolo ou ouvidos para as suas lágrimas e lamentações, que sempre há do que se lamentar na vida. O homem procura espaço para ensaiar o salto que lhe acode transpor a cada instante. Daí a multiplicação de igrejas. A que vêm, o que trazem são questões que não se há de deixar de considerar. Mas, de pronto, pode-se atestar que as novas e múltiplas igrejas, com seus formatos, nomes e propostas variados, carregam multidões em todos os lugares do mundo. Nem se há de negar o poder que estas multidões, organizadas, sincronizadas em sua ação por um vínculo que as une, ostentam e fazem valer. A diferença destas novas organizações havidas como religiosas e o que antes se tinha é o modelo e os fundamentos havidos em relação à Igreja tradicional. Esta ensimesmou-se, fechou-se e negou-se a ver que o povo conduz-se sem os parâmetros que lhe são firmados de fora no momento mesmo em que estes não os contentam. Não há cabresto histórico que mantenha a cabeça de um povo num lugar que se lhe predetermine. Não há mordaza que o faça sem voz quando o impulso de gritar o acolhe. O ecumenismo impõe-se, as Igrejas convivem, os fiéis e não fiéis, crentes, descrentes ou ateus organizam-se segundo as suas conveniências momentâneas ou eternas, fugazes ou permanentes.

Não é muito diferente e nem parece ter base diversa o fenômeno que ocorre com o Estado. Reproduzem-se as organizações sociais ao lado do Estado, dentro do Estado, supra ou transnacionalmente. O poder político, antes soberanamente havido como exclusivo do Estado, atomiza-se, socializa-se. O Estado que se acreditara e se ensimesmara como essencial por si mesmo vê-se apenas mais uma proposta, entre tantas, de forma de regulação do poder dos homens em sua experiência social.

Os elementos que, tradicionalmente, eram tidos como essenciais ao Estado – povo, território e poder soberano – fazem-se cada vez mais distintos em sua concepção e acolhimento teórico e prático.

O povo, constitucionalmente conceituado e ao qual se garantem direitos e se impõem deveres, dota-se de novas definições (povo substancial, por exemplo), de novos direitos ao lado e acima do Estado (direito de resistência às leis injustas, por exemplo) e de novas formas de organização (organizações não-governamentais, por exemplo).

O território faz-se cada vez mais virtual, para se usar de uma expressão corriqueira da atualidade. Fronteiras são menos valorizadas em sua contingência física. As liberdades de pessoas, bens, capitais e serviços não se põem nem se afirmam nos limites territoriais. Mais e mais a tecnologia (especialmente as telecomunicações e a teleinformática) desconhece limites, fronteiras ou sequer noção de território. Nem o planeta é mais considerado limite, que dirá uma parte da terra... Aqueles que se perguntavam sobre o “terceiro mundo” – e que já não eram tantos – hoje vêm-se às voltas com as indagações sobre o “quinto mundo”, que é o dos refugiados e dos emigrantes acolhidos por Estados nos quais eles se mantêm com os seus mesmos costumes, regras e comportamentos. Entretanto, a pessoa estatal que os recebe tem o seu próprio direito positivo, conquanto a admissão faça-se gesto de boa vontade com a multiculturalidade e o multigrampo social. Os direitos humanos não têm fronteiras. Sendo certo que os crimes também as desconhecem. As drogas firmam as suas trilhas multinacionalmente, a corrupção é transnacional, o terrorismo é internacional. Logo, o direito tem de fazer face a estas novas contingências, que nada têm de territoriais e fronteiriças.

O poder estatal que se qualificava e se distinguia dos demais como soberano faz-se sempre mais socializado, repartido, reconfigurado se-

gundo novos paradigmas ditados pelas novas organizações formadas e informadas pelas demandas políticas dos indivíduos agregados em entidades que se fazem atores políticos ativos e permanentes. O pluralismo político demonstra-se no plano interno e no plano externo. Em razão desse princípio, tem-se, de uma parte, a possibilidade de serem admitidas opções políticas diferenciadas e coexistentes e, de outra, a participação de organizações variadas a dotarem-se de poderes e dinamizarem-se como atores partícipes do processo político.

Nesse quadro, o Estado – tal como se dá com a Igreja tradicional e sobranceira – já não é um modelo único e tido ou aceito como “o mais perfeito” de organização política, nem talvez o soberano, pelo menos se pensarmos esta palavra com o mesmo e idêntico conteúdo com que a premiou Jean Bodin. O povo, tido como titular do poder político, retoma, agora mais diretamente, o exercício do poder soberano, fazendo-se presente e permanente no processo de realização de seus interesses.

Mais importante ainda é que a organização política da sociedade em grupos estruturados e formalizados segundo normas jurídicas dotadas de eficácia afirma-se, não poucas vezes, como uniões multinacionais. Os homens encontram-se, reúnem-se, associam-se para a obtenção de seus objetivos comuns e que não se limitam a fronteiras. Especialmente na matéria que concerne à essência do ser humano, aos direitos fundamentais, aos deveres com o meio ambiente, ao respeito aos princípios democráticos, entre outros, a convergência dos interesses e fins buscados em todos os quadrantes do planeta orientam e direcionam o homem em grandes encontros.

Nas duas últimas décadas emerge e vira moda o fenômeno rotulado de *globalização*. No fluxo do processo que se firma sobre as bases de necessidades de mercados e de mais consumidores para a produção empresarial voltada ao lucro empresarial mais que à necessidade social se afinam interesses que discursam sobre novas práticas políticas ou feitas em nome da política. No fluxo do processo, aliás, abrem-se tanto possibilidades de uniões humanas e humanitárias quanto riscos de exclusões desumanas e segregadoras e até mesmo de novos quadros de *apartheid* social. O colonialismo veste-se com a indumentária daquele discurso globalizante. Mas é certo que os direitos humanos forcem o seu reconhecimento e prática mundiais. A expe-

riência agressiva da civilização do ter sugere o aparecimento de vozes ponderando pela vivência do ser. Contra a modernidade do ganho (donde vem a ganância) a eternidade do benefício humano (donde vem a solidariedade). A tendência associacionista internacional pode se converter num veio promissor de novas possibilidades de uniões entre os povos ou, conforme a senda pela qual se decidirem as comunidades, numa anulação de identidades culturais, históricas e diferenciadoras para a garantia do ser humano livre e único em sua condição pessoal.

Nesse quadro de tantas aventuras e desventuras velhas e novas, inéditas e repetidas, alvissareiras e ameaçadoras, o Direito faz-se objeto de mudanças radicais. Mais que qualquer outro, é o Direito Constitucional que sente e se resente primeiramente dessas mudanças, pela circunstância mesma de ser a raiz donde brotam os demais ramos que integram o ordenamento jurídico.

A Constituição faz-se outra que não apenas aquela pensada nos últimos dois séculos. Mas continua a ser necessária por ser uma garantia do homem sedimentada no Direito e na convivência política democrática. Qual é a sua essência ou a sua matéria é questão mutante, mais discutível agora, pelo que é ainda difícil vislumbrar-se ela em sua inteira justeza. Só é certo que seja ela qual for não se dá a sonegar o homem, sua alma mais composta e certa; não se lhe busca desatender os fins para ceder preferencialmente a um fácil deus manon. É certo que se alteram as suas funções e as suas feições. Para ter a cara do povo a que se dá a ser. Figurar-se sua nova fisionomia é o desafio. É tempo de reinventar o processo civilizatório e, em seu fluxo, reinventar o jurídico. Talvez seja o tempo mais propício de nos redescobrirmos, de nos ganharmos com os quinhentos anos de história de tantas perdas sul-americanas, de nos fazermos com os ideais da pátria grande dos tantos que não conseguiram antes negar ou impedir a desconstrução nas quais nos contiveram. Vislumbram-se, de par com as dificuldades, as possibilidades que se oferecem ao estudioso do Direito e ao cidadão que vivem esta nova revolução no planeta: a que pretende alcançar a cidadania digna, humanamente digna, a se fazer de todos e para todos os homens e não apenas de e para pequenos grupos; aquela que se dá a ser um momento no qual se pode propor a ser melhor para um mundo mais perfeito para a universalidade dos homens. Se há uma crise do Direito (ou no Direito) é que

há uma crise dos sonhos do homem. Tanto melhor se é preciso tanto para se viver ainda esta certeza: a de que ele continua a sonhar e a fazer de suas utopias suas estrelas guias.

2. O constitucionalismo contemporâneo: sentido e funções da Constituição

“L’actualité déforme les problèmes, parce qu’elle n’en retient qu’un aspect fugitif; elle les dramatise et, par conséquent, les écarte de la perspective scientifique...”

Georges Burdeau

O conceito de Estado de Direito enraíza-se no de Constituição traçado modernamente. O fundamento daquele repousa mesmo no conceito de Constituição, pois o movimento constitucionalista afirmou dois princípios, a saber, o de que a liberdade (e mesmo os demais direitos posteriormente rotulados *de primeira geração*, como querem alguns, ou *de primeira dimensão*, como preferem outros) depende do seu reconhecimento e garantia firmados num sistema de direito soberanamente criado e positivado em determinada sociedade e estruturado numa hierarquia normativa rigidamente observada; e o de que, para que aqueles direitos sejam invulnerados e invulneráveis, é de se estruturar o poder político estatal de tal modo que haja um sistema de funções e órgãos normativamente postos limitadores daquele exercício. Com esse conteúdo é que se estabeleceu, no discurso revolucionário de 1789, que “toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de constitution” (art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

O desenvolvimento do constitucionalismo moderno de seus primórdios até a atualidade fez-se, grandemente, somente como desdobramento daquelas idéias e a sua revelação mais precisa e plural traduzida em outros princípios e preceitos que multiplicaram as instituições e os instrumentos jurídicos nos sistemas normativos. O direito não apenas como regulação do poder limitado, mas principalmente prestante e destinado a servir ao homem foi sendo conquistado no curso dos séculos que medem a denominada modernidade. É certo que não se obteve, do período setecentista e oitocentista até a atualidade, transformação essencial do modelo político que se apresentou e se representou no primeiro esboço do Estado de Direito, firmado, principalmente, no projeto liberal e liberalizante que prevaleceu.

Na base desta concepção do constitucionalismo firmou-se o princípio da supremacia da Constituição e, por força de tal idéia e mesmo dos ideais de justiça que nela se contém, cunharam-se instrumentos que assegurassem a sua eficácia, tais como o do controle da constitucionalidade das leis e o da reforma específica da Constituição dotada de rigidez formal. Essas duas vias assecuratórias do princípio da supremacia da Lei Fundamental não se fizeram como mera codificação de normas jurídicas, mas como meio de se formalizar a garantia de eficácia dos direitos nela reconhecidos e a eficiência das funções estatais para a realização dos fins havidos como próprios no sistema, quer pela descrição do poder constituinte, quer pela interpretação dos poderes constituídos dotados de tal competência.

Foi neste século XX e, basicamente, com o surgimento do que se apelidou de “constitucionalismo social” que se teve a introdução da referência ao Estado Constitucional, o qual se adicionou à menção feita ao Estado de Direito. A República de Weimar contribuiu para o assentamento daquela expressão e foi nela que se sedimentou o controle da constitucionalidade das leis como instrumento garantidor da supremacia da Lei Fundamental. Todavia foi na Alemanha mesma que se praticaram os desmandos em nome do Estado Constitucional, tendo o período de nazismo oferecido ao mundo o modelo da legalidade sem juridicidade e da normatividade sem legitimidade.

Os traumas políticos e sociais causados pela experiência deste século durante os períodos das Grandes Guerras acabaram por forjar a superioridade do conceito material de Constituição a se sobrepor ao conceito formal, que o fetichismo da vontade geral e da lei como sua manifestação excelente apregoava. Constituição não é qualquer norma dotada deste rótulo. É aquela que, legitimamente posta, pode concretizar, na sociedade, a idéia de Justiça que nela se guarda e garante e permite a realização das condições materiais da democracia social. Não basta, pois, a partir de tal formulação, que o Direito não seja afrontado pelo Estado; é preciso que o Direito legítimo seja tornado possível, inclusive pela prestação de serviços públicos que materializem as condições sociais e instrumentalizem os indivíduos e que se cunham, então, como direitos de todos.

As décadas de setenta e oitenta burilam uma nova onda no movimento constitucionalista que

se projeta a partir da Segunda Grande Guerra. Não apenas novos direitos são constitucionalizados, mas há uma tentativa de se dar uma nova dimensão ao conceito e à experiência constitucional. A necessidade de se engajar o Direito e, basicamente, a Constituição às demandas sociais e às novas práticas políticas e de torná-la mais aberta e habilitada a responder aos reclamos objetivos e cada vez mais expandidos da sociedade forçam um novo momento do constitucionalismo. As Constituições que se promulgam, tanto na Europa quanto na América do Sul, e que sobrevêm a períodos negatários do Estado de Direito e falhos de sistemas jurídicos democráticos, demonstram a imprescindibilidade da experiência constitucional.

Mas a década de oitenta mostra um processo de mudanças no Estado, desenvolvidas no sentido inverso ao que o constitucionalismo parecia apontar. Se os direitos sociais e mais aqueles denominados de terceira dimensão, tais como o direito ao meio ambiente saudável, o direito ao desenvolvimento equilibrado, o direito à paz, o direito sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, passaram a ser buscados mesmo no plano constitucional, uma proposta ou, o que é mais, uma nova imposição se começou a fazer sentir na ordem econômica: a que forçava a *lex mercatoria* sem regulamentação e sem a presença do Estado no plano das experiências políticas. A prioridade dos mercados e suas leis a enfatizar a presença de consumidores para a obtenção de mais lucros, de um lado, e a sua inserção na prática política dentro do Estado ou mesmo acima dele, por outro, ensejaram o que se deu a conhecer como a tendência neoliberal do processo de globalização. Note-se que não se cuida, aqui, de renegar o mercado como organização que guarda inequívoca importância na organização da sociedade ocidental e mesmo mundial e na dinâmica da vida econômica. O que se põe em relevo, contudo, é que o mercado há que estar a serviço de metas sociais e não a sociedade a serviço do mercado. Nem a lei do mercado haverá que dominar o homem e conduzir a sua necessidade. Antes, ter-se-ia, então, uma lei totalitária e sem fundamento de humanidade ou de humanismo. E, no entanto, é o homem que deve livremente afirmar a sua necessidade para que em sua direção se conduza o mercado. Principalmente, haverá que se elaborar sempre um Estado de Direito e um Direito do Estado no qual o homem não seja a moeda, mas o proprietário dela. Seja o homem o valor maior da vida social e não mero valor de troca por produtos.

Se a Constituição não é uma obra construída ou fechada, mas um processo em construção permanente (podendo mesmo ser entendida como uma obra sempre inacabada até mesmo por ser aberta – como de resto o é a própria democracia cuja realização continua a ser por ela buscada), há de se considerar que os novos rumos que se pretendem imprimir aos projetos do Estado contemporâneo e que seriam considerados pelo novo constitucionalismo seriam, em sua amostragem mais primária, menos políticos, sendo o político menos juridicizado. Desconstitucionalizam-se direitos, desregulamam-se relações econômicas e sociais, desestatizam-se serviços e empresas que os prestavam por serem considerados públicos e necessários, em sua fundamentalidade, à sociedade.

Como processo que é – e é certo que todo processo é dinâmico –, o constitucionalismo movimenta-se sem linearidade, tal como a dança histórica da sociedade, havendo progressos e retrocessos em termos de conquistas de direitos, aperfeiçoamentos e atrasos nas estruturas esposadas nos sistemas. Mas o constitucionalismo aberto que se oferece a prevalecer presta-se à interpretação permanente, para se manter atualizado e coerente com as aspirações da sociedade, mas ainda dotado de rigor que permita impor-se como obra que oferece segurança – ainda que à base da fluidez que se vive – como fim último e necessário do direito. A necessidade de haver interpretação constitucional e a necessidade de se dotar o sistema normativo fundamental de instrumentos e de vias para a ocorrência daquela interpretação oficial-estatal em caso de conflito na sociedade acabou conduzindo ao que já se chamou de neopositivismo, qual seja, o positivismo jurisprudencial¹.

Vozes alevantam-se pregando o Estado mínimo, que o neoliberalismo tão bem casa com a globalização econômica, ensaiada de passo com o neocolonialismo a buscar mercados em praças nas quais os consumidores não estão saturados de bens que se lhes oferecem segundo as conveniências dos produtores e não de seus reclamos pessoais e sociais. Para um Estado mínimo... uma Constituição mínima. Tanto melhor para a proposta que a economia neoliberal sugere e busca impor. Quanto menos leis de Direito mais leis de mercado. De um mercado que fica mais fácil em seus fins sem leis que não sejam aquelas que se afirmam pelo lucro. Mas a

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, 1998. p. 1198.

sociedade fica despojada de seus valores éticos, que se convertem, no constitucionalismo, em princípios de direito a garantir a dignidade humana em sua dimensão mais plena e em sua proposta mais universal.

Por isso, mesmo vivendo uma transformação no idêntico curso daquela que assoma a sociedade e o Estado, bem como todas as dimensões e aspectos das relações sócio-políticas e econômicas, é certo que a Constituição, como Lei Fundamental de um Estado, continua a ser essencial. Se as mudanças que lhe contornam novel e ainda pouco nitidamente as funções e as feições são difíceis de ser vislumbradas com tranqüilidade por causa do seu inacabamento e, mais ainda, pela falta de distanciamento do estudioso da tormenta histórica de que se é ator, é imperioso notar que é esta agilidade a que se propõe ela que a torna dada à atualização incessante. E esse processo que se inaugura no tumulto de tantos novos conflitos, ideologias que se sobrepõem sem o pleno saber e sabor de quais seriam, do que aportam de novo e de velho, do acabado e do já arruinado, da busca de retorno a práticas liberais oitocentistas e colonialistas quinhentistas, sugere a sua plasticidade para fazer-se obra que comporta que os conflitos e os embates ideológicos, sociais, principiológicos ainda se possam vivenciar sem que a sociedade tenha que se despedir da civilização, o que seria o retorno à barbárie e ao caos.

O novo constitucionalismo, que mais presente que sente uma onda inédita de sua experiência (fase a que alguns denominaram de “pós-moderna” à falta de epíteto mais apropriado e preciso), começa a aparecer como uma mudança que pode reconfigurar os próprios fundamentos do direito até aqui experimentado. Teve-se por adjetivado um constitucionalismo liberal, um constitucionalismo democrático social, que superou, ampliando, aquela fase preliminar do período moderno, e o Estado de Justiça Constitucional veio dominar, com a sua proposta de uma juridicidade social democrática, uma maior concretização daqueles valores no Direito. O momento agora permite ou impõe a juridicidade democrática impregnada dos valores éticos, que se orientam pela participação pluralista voltada ao aperfeiçoamento do princípio da solidariedade social. Este constitucionalismo é, essencialmente, integrativo e não excludente; é universalista e solidário e não elitista e solitário como já o foi no período do liberalismo, que agora se pretende reinaugurar travestido de globalização neoliberal.

Enfim, o novo constitucionalismo é o da ética democrática justa e social, fundada nos princípios da participação pluralista, solidária e ativa, organizada para absorver e não para excluir pessoas, grupos e povos. É o constitucionalismo da ética da solidariedade de uma sociedade pluralista, poder-se-ia afirmar, a dizer, aquele que é libertador e igualizador, promovendo uma arquitetura jurídica que una pessoas e povos para resguardar a individualidade sem individualismos e a identidade dos povos sem segregação e isolacionismo de grupos. O constitucionalismo contemporâneo expõe-se à abertura e ao intercâmbio e complementariedade com outros ramos do conhecimento, como sejam, a política, a economia, a bioética, entre outros. Não se faz, assim, uma interseção do Direito, como antes se pretendeu, mas a sua integração com os ramos do conhecimento humano que sejam pertinentes aos temas de seus cuidados.

Esse novo constitucionalismo tem como um de seus mais tenhos desafios as novas fórmulas de convivência entre os Estados. Os homens reúnem-se, associam-se, viajam-se. Os Estados, formados à sua imagem e semelhança, também. As uniões e a integração de Estados sugerem novas formas não apenas de convivência e cooperação das instituições, mas, para tanto, urge se cogitem e se dêem à prática novas formas de elaboração e aplicação do Direito a prevalecer sobre as relações travadas nestas entidades integradas.

O de que se cogita é: estamos seguindo em direção a uma nova idéia de Constituição, uma que teria natureza supra-estatal e que poderia estar na base do direito comunitário, quicá do direito da integração? Para uma nova cidade política supra-estatal e para uma nova cidadania – a de cunho mundial – haverá que haver um novo direito. A questão é saber se para esses direitos fundamentais supra-estatais haverá também um direito constitucional europeu, um direito constitucional sul-americano, etc.

O Parlamento europeu já adotou um “projeto de Constituição para a União Européia”, enquanto a Corte de Justiça de Luxemburgo considerou que o Tratado de Roma deve ser visto como “uma Carta constitucional de base”, mas o que aqui se tem é tão somente a adoção do nome por analogia material, vez que, formalmente, não se há falar em Constituição pela ausência de um poder constituinte elaborador da Lei Fundamental, mas de órgãos estatais competentes para a assinatura dos Tratados. Esses têm natureza jurídica, matéria, forma e eficácia absolutamente diversas daquela.

Mas a abertura do direito constitucional para os atos constitutivos das entidades internacionais, para as organizações regionais integrativas de Estados e para as entidades constituídas em comunidades supra-estatais e as mudanças do direito internacional, que tem a sua matéria inserida no sistema normativo constitucional, também são dados inegáveis da realidade.

Novos direitos ou novas faces e formas de aplicação do Direito são postos no bojo das mudanças que ao estudioso do tema deve preocupar e dominar a sua atenção.

3. Constituição e direito supranacional

Teve-se como certo, até há pouco, que o Estado Democrático de Direito era questão “interna”, pertinente a cada povo. O Direito tomava-se como a manifestação mais própria do poder estatal soberano titularizado por um povo. Assim também a Democracia, que se acreditava obra exclusiva e estanque de cada povo sem tocar preocupações ou atenções de outro.

Como acima encarecido, o sistema democrático de vida fez-se direito fundamental não apenas de todos os povos, mas, principalmente, de todos os cidadãos. Na terceira onda de direitos fundamentais, a democracia aflora em suas projeções e em seus princípios como pauta preferencial inerente a todos. Como os demais direitos fundamentais, deixou o regime político de ser uma “questão interna” de cada sociedade estatal. Tornou-se um ponto de importância transcendente para todos os homens, todos os grupos, todos os Estados.

Quando o que se põe à preocupação e à atenção de um Estado repercute em todos os demais, todos se têm por atingidos na matéria com a qual guarda relevância a sua experiência. É o que ocorre com a Democracia. Atentados praticados contra ela vêm em feixes e acabam atingindo um conjunto de instituições e mesmo de Estados.

O tema e a prática do Estado Democrático de Direito passaram, então, a ser buscados em conjunto, em sistemas de direito que se aproximam quanto aos princípios e, inclusive, que se influenciam, na igual medida em que os povos acabam por se immanarem em suas desigualdades para se complementarem.

Tal situação é a base de uma prática jurídica que se apresenta e se acrescenta a cada dia mais acintosamente: aquela que mostra uma nítida e

progressiva interconexão entre o direito interno e o direito internacional.

Dois movimentos parecem dar suporte a tal situação: por um lado, os sistemas internacionais, particularmente no que concerne aos direitos humanos, ampliam-se e amalgamam-se de modo a dar-lhes maior eficácia; reforçam-se no que é comum e complementam-se no que algum guarda diversidade do outro, pois acaba deste extraindo novas idéias e normas que começam a ser adotadas nos ordenamentos nacionais. Doutra parte, a integração econômica e política traduz-se em normas que se positivam no plano das relações entre Estados, mas que se realizam no plano interno de cada qual deles, donde a necessidade de ser harmoniosa e eficaz a interconexão entre os dois sistemas.

Nota-se, então, a imprescindibilidade de o Direito Constitucional abrir-se não mais apenas no plano interno – para as organizações sociais e políticas no Estado –, mas também no plano externo – para a maior integração e coordenação dos sistemas de direito diferenciados (porque nacionais e próprios dos diferentes povos) numa nova ordem jurídica interestatal. É, ainda, de se considerar que se tem por superada ou, pelo menos, desprezada a visão que se admitira, anteriormente, de serem as normas internas ou internacionais meros fatos uma em relação à outra.

Cogita-se, então, da constitucionalização do direito internacional, pela qual os sistemas jurídicos fundamentais passam a absorver normas daquela matéria, inclusive no que concerne à forma de serem recebidas, no ordenamento interno, aquelas que advenham de tratados internacionais ou de atos que se lhes sigam e, no plano do direito comunitário, aquelas que a elas se sobreponham.

À parte idéias que se punham nas teorias monistas, pelas quais se teria o princípio de identidade de Direito Internacional e de Direito Interno, a formar bloco único de normas jurídicas, é certo que a coordenação das ordens faz-se mais e mais presente e necessária. Direito não comporta e nem suporta contradições, o que lhe custaria, inclusive, a efetividade jurídica e social.

Há quem se refira, ainda, à internacionalização do direito constitucional, proposição segundo a qual as normas conformadoras do sistema de direito internacional passariam a operar e a dotar-se de eficácia no plano interno pela recepção automática do quanto regulamentado

por meio de tratados, protocolos, acordos, etc. O direito constitucional internacional seria, então, considerado mesmo um ramo do direito constitucional, o qual

“não é um ramo autônomo da Ciência Jurídica, mas apenas uma divisão do Direito Constitucional...o Direito Constitucional Internacional tem um núcleo mínimo: conclusão de tratados, declaração de guerra e celebração da paz. Enfim, não se pode dizer que ele tenha um objetivo próprio.... O Direito Constitucional Internacional é a tentativa de adaptar a Constituição à ordem jurídica internacional que se sobrepõe a ela. A Constituição é a manifestação da soberania estatal e o DIP a sua negação ou, pelo menos, a sua crescente limitação”².

O Direito Constitucional, como o Direito Internacional, dota-se de conteúdo essencialmente político. Ora, à medida que o político (e a política) nacional aproxima-se, cinge-se, soma-se, coordena-se, cada vez mais, com o político (e a política) internacional, em que as decisões em um plano repercutem, imediatamente, no outro, é certo que o direito interno, e, aí, basicamente, o constitucional, e o direito internacional passam a constituir feições mais próximas da matéria jurídica, a qual busca, fundamentalmente, a unidade para maior eficácia e segurança. Muito própria é a ênfase que alguns autores deram à unidade do Direito, o qual, no dizer de Gerson Bason, entre outros autores,

“é o reflexo de uma dada época. O Direito público e o Direito público internacional são o produto de um mesmo ambiente histórico.... O homem não possui duas consciências jurídicas, lado a lado, uma do Direito interno e a outra do Direito internacional. A consciência jurídica do homem é uma só”³.

É certo que esta mesma é única consciência do Direito que uma sociedade possui e se põe

² MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. p. 31. Saliente-se que aquele autor entende que “não existe um D. Constitucional Internacional por falta de um objeto definido e método próprio. O que existe são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso procurando compatibilizar os dois ramos da Ciência Jurídica.” (*Ibidem*)

³ BASON, Gerson. *Constitucionalização do Direito internacional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 155.

em determinado momento histórico não produz, contudo, normas, que, em sua hierarquia e diversificação material e formal, fiquem acima de dúvidas em sua incidência e em sua execução.

Pelo que a interconexão do sistema de direito constitucional e do direito internacional põe-se como objeto do tratamento do direito interno, resguardada, ainda hoje, a questão da soberania da vontade popular manifestada, incontrastavelmente, em sede de poder constituinte, quando da elaboração das normas fundamentais.

Muito se tem criticado a Constituição da República brasileira no cuidado a ela dado ao tema que pertine ao direito internacional⁴.

Os argumentos que se alevantam quanto ao conservadorismo do modelo constitucional brasileiro repousam na circunstância básica de que se teria adotado, no sistema, princípios e preceitos clássicos sobre as normas formuladas no plano internacional dos tratados, acordos e atos internacionais apenas mediante a prévia decisão de sua entronização no direito interno pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da Lei Fundamental do Brasil).

Parece que dois pontos merecem ser enfatizados nessa passagem: a) o primeiro se refere às relações entre as normas constitucionais e infraconstitucionais e aquelas havidas ou decorrentes de tratados, acordos e atos internacionais e b) o segundo concerne aos princípios constitucionais brasileiros referentes às relações e aos atos internacionais.

a. 1) Quanto ao primeiro tópico, é de se considerar a inexistência do princípio da recepção automática das normas de direito internacional no sistema nacional. Diversamente do que ocorre em outros sistemas, tais como o alemão e o português, entre outros, a Constituição brasi-

⁴ “Pode-se observar que a nossa Constituição consagra uma das antinomias da ordem internacional: a soberania e a cooperação internacional vez que esta só se realiza às expensas daquela...”

Como se pode concluir a Constituição do Brasil não leva em consideração as novas tendências da ordem jurídica internacional.” (MELLO, op. cit., p. 122). O mesmo autor ainda enfatiza que “quanto à Constituição brasileira no tocante às normas de alcance internacional podemos dizer que é bastante falha e que quase sempre não se adapta às exigências das relações internacionais atuais. Nesta matéria a nossa Carta Magna é tradicional e sem inovações”. (*Ibidem*)

Cf. também REZEK, Francisco. *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 52 - 61: Conferência.

leira não permite que as normas do direito internacional geral ou comum e aquelas resultantes de tratados sejam diretamente aplicáveis no Estado brasileiro. Nos ordenamentos que adotam aquele princípio, as normas de direito internacional vigoram internamente tão logo adquirem vigência no plano internacional, independente de qualquer ato dos poderes públicos nacionais que as transformem em normas de natureza interna⁵.

No modelo abrigado na Constituição da República brasileira, compete ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I). Mantém-se, portanto, no ordenamento brasileiro, o princípio da superioridade do direito interno sobre o direito internacional⁶.

É certo que tal interpretação e aplicação do direito interno em relação ao direito internacional decorre não apenas da literalidade das normas do sistema, mas, principalmente, da interpretação que a elas se dá especialmente pelos tribunais⁷. Não que a presença de normas constitucionais determinantes da sua supremacia e da primazia das demais normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio possa ser desconsiderada pelos seus aplicadores, especialmente do Poder Judiciário. Mas parece, contudo, igualmente exato que a mutação constitucional pode permitir a adaptação das normas do sistema

⁵ A Constituição alemã estabelece, em seu art. 25, que “as normas gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Estas normas possuem primazia perante as leis e constituem fontes diretas de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”.

Norma análoga se contém no art. 8º da Constituição portuguesa.

⁶ BOSON, op. cit., p. 158, segundo o qual “a grande maioria dos doutrinadores e publicistas contemporâneos defende, à luz de vários e ponderáveis argumentos, a supremacia do Direito internacional sobre o Direito interno.”

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente tem declarado a prevalência do direito interno sobre o direito internacional, declarando-se até mesmo a inconstitucionalidade de tratado e a sua inaplicabilidade quando contrariar norma infraconstitucional.

⁷ Nesse sentido, e relativamente ao Mercosul, afirma Francisco Rezek que “na cabeça, por exemplo, dos juizes brasileiros, até agora, nada mudou”. (*Confêrencia cit.*)

independentemente de sua modificação formal a partir de princípios que se reinterpretem e que se dêem à renovação. A modificação da cultura constitucional é importante para a permanente atualização da Constituição. A transformação do pensamento jurídico pela abertura também do intérprete tem papel insubstituível no processo de arejamento do sistema de Direito. Não basta que uma Constituição tenha um texto aberto, que se oferece a interpretações constantemente renováveis; é, igualmente, necessário que o intérprete seja aberto a novos contextos.

A questão da interconexão do direito interno e do direito internacional põe-se, assim, no plano da hierarquia e das fontes das normas jurídicas, a saber, aquelas que conformam o direito interno e aquelas que advêm do direito internacional.

Freqüentemente se tem a questão da hierarquia das normas para se optar pela teoria dualista ou pela monista apenas se considerando a qualidade soberana do Estado que elabora e positiva o direito constitucional.

Ocorre que se há de considerar aquela condição de soberania não apenas da pessoa estatal, que positiva o direito da entidade política, mas principalmente do poder do qual se origina a Constituição do Estado. É que o exercício da titularidade do poder constituinte tem a qualidade de soberano que o faz sobrepor-se aos poderes constituídos. É a esses que o poder constituinte confere, segundo os seus termos e limites, o direito de estabelecer as relações internacionais. Logo, enquanto as normas constitucionais derivam de um poder constituinte soberano, as normas de direito internacional com as quais acordam os Estados nascem de atos do poder constituído. Esse é sempre limitado e condicionado pela obra do constituinte e dele não pode desbordar.

É certo, então, que, quando o poder constituinte determina que a resolução definitiva sobre tratados e atos internacionais deve ser feita pela decisão do poder legislativo, por exemplo, tal como se dá no caso brasileiro, parece certo considerar-se que a superveniência daqueles com a sua transformação em norma de eficácia interna, por força do cumprimento constitucional relativo à decisão sobre o tema, importa em que não haja a superioridade de uma norma de direito interno contra a qual aqueles não possam prevalecer. Aqueles podem modificar a norma jurídica de direito interno e sobre ela haverá de prevalecer.

Também não parece certo supor-se que a superveniência de lei, que é elaborada por um

órgão do poder constituído exatamente de igual natureza e hierarquia daquele que resolve sobre o tratado, atos e acordos internacionais, possa modificá-lo. É que a vertente do ato de direito internacional implica uma relação entre entidades estatais que não podem recuar, singelamente, numa primeira decisão por meio de um ato unilateral, como o é o legislativo, independente das condições e conseqüências que daí advenham para os demais participantes do tratado ou acordo. Se a retirada de um Estado de um tratado tiver que ser feita, tanto haverá que se dar segundo os termos de direito internacional combinados com os de direito interno e não mediante a simples elaboração e promulgação de uma lei pelo órgão competente.

Não parece, pois, que o ato de direito interno prevaleça sobre o ato de direito internacional ao ponto em que se pretende tornar esse mero fato sem qualquer obrigação dele advinda, porquanto produzido na pendência de uma relação em que há interesses de outras entidades estatais igualmente soberanas. Tanto vale mesmo em sistemas como o brasileiro, que adota um rigoroso exame da compatibilidade das normas de direito internacional com as normas de direito interno.

Diversamente é a situação quando a interconexão do direito interno com o direito internacional põe os olhos sobre uma situação de conflito entre as normas constitucionais e as internacionais. É que estas, como antes lembrado, decorrem do comportamento do poder constituído, competente para formulá-las, aceitá-las e adotá-las, enquanto aquelas decorrem do poder constituinte, que se põe com supremacia sobre aquele.

Mesmo no que concerne ao poder constituinte derivado, como é o reformador, parece indisputável que a teoria da constituição, que se põe no fundamento do poder constituinte, ficaria capenga se nela se introduzisse o entendimento segundo o qual um ato simples e despojado das garantias que o poder constituinte impõe à ação do constituinte reformador poderia desconhecer os limites formais para a mudança constitucional e acolhesse normas materialmente constitucionais sem o atendimento dos pressupostos, condições e limites que se traçam para a reforma da Lei Fundamental. O poder constituinte derivado de reforma seria, então, hierarquicamente subordinado à competência para a edição das normas de direito internacionalizadas. Tanto seria um limite

implícito material ao seu exercício, mas não apenas, porque transformador da sua própria natureza supralegal.

Daí por que, no sistema constitucional brasileiro, salvo nos casos em que a Constituição expressamente considere o tratado fonte do direito de nível constitucional, tal como se dá, por exemplo, no art. 5º, § 2º, é certo que ele não pode ser considerado válido senão quando compatível, adequado e coerente com a Lei Fundamental.

Daí também por que a Constituição brasileira explicitamente estabelece o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, inclusive daqueles havidos em tratados. Tal controle, que se põe no plano da competência concentrada, nos termos do art. 102, I, a, e, ainda, da competência difusa (art. 102, III, c), pode ensejar a apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que o princípio da sindicabilidade judicial dos atos fundados em tratados também constitui direito público subjetivo fundamental do indivíduo no sistema brasileiro.

Mais ainda, até mesmo o controle de legalidade dos tratados vem sendo feito pelo Poder Judiciário brasileiro, e é nesse ponto que surgem os principais conflitos persistentes até agora quanto à matéria.

a. 2) Uma palavra há de ser dita relativamente à questão da interconexão entre normas de direito interno e normas supranacionais quando se trata do direito comunitário.

Característica do direito comunitário é, exatamente, a de compor uma ordem supranacional (melhor, talvez, seria afirmar supra-estatal), porém de imediata incidência no plano do ordenamento jurídico interno das entidades que compoñham a comunidade.

É que esse é considerado um direito primário e não derivado, a dizer, não se o considera uma criação extra-estatal, mas uma elaboração e adoção do próprio Estado que é parte dos órgãos que o criam, à maneira do que se dá na Comunidade Européia, por exemplo. Daí por que não se há cogitar, na espécie, do princípio da recepção, solucionando-se a questão referente à validade jurídica da norma pelo princípio da subsidiariedade. A autonomia decorrente da primariedade da criação do direito caracteriza-o, dotando-o de positividade e eficácia direta como componente do ordenamento jurídico vigente no Estado.

É de se considerar que o direito comunitário caracteriza-se pela ênfase no princípio da igualdade dos Estados formadores da comunidade, no bojo da qual ele nasce; pelo princípio da reciprocidade, porque, se não houver correspondência estrita entre as competências que cada qual das entidades-partes transfere ao órgão supranacional do qual ele emana, haverá um desequilíbrio que descaracteriza a própria base da Comunidade; e pelo princípio da solidariedade pelo qual se fundamenta a busca de um conjunto de elementos que amainem as diferenças existentes nas diversas entidades.

Nesse ramo do direito que se realiza nas Comunidades de Estados, formando uma nova condição supra-estatal diferenciada das meras reuniões eventuais tratadas entre entidades estatais, não se discute o conflito entre direito interno e direito comunitário, porque eles se coordenam à maneira de uma figura projetada em épuras que se compõem formando um núcleo e um desdobramento afirmados pela unidade.

De se notar que o Mercosul não produz direito comunitário, pelo que o conflito de normas aplicáveis aos Estados considerados partes dele não se resolve segundo os princípios e características deste ramo jurídico, mas no quadro próprio das relações de direito interno e direito internacional, havendo, tão somente, um encaminhamento diferenciado, em alguns casos, quanto à interpretação e à aplicação das normas específicas da integração, que já vem sugerindo a especialidade do seu tratamento, porém e ainda, no âmbito daquele.

a. 3) Assim, diversamente do que ocorre quanto ao direito comunitário, dá-se com o denominado direito da integração ou direito integracionista, considerado, por alguns, uma especialidade do direito internacional⁸, enquanto outros cogitam-no como especialidade do direito constitucional⁹. Os princípios e características são, portanto, os destes ramos, internacional ou constitucional, sem qualquer autonomia ou singularidade das normas integracionistas. Note-se que a referência à inserção do direito da integração em um ou outro ramo (do direito constitucional ou do direito internacional) depende, fundamentalmente, da fonte das normas referentes ao tema de que se cuida (internas ou

internacionais) e, pois, da perspectiva a partir da qual se enfoca a situação cuidada.

Não há confusão entre o direito comunitário e o direito da integração. Aquele tem natureza, fonte, objeto e características diversos do direito internacional, porque próprio de uma Comunidade de Estados que afirmam um elo formador de uma composição política supra-estatal, porém não-estranha ao Estado. Já o denominado direito da integração é, reafirme-se, o conjunto das normas de direito internacional formuladas e aplicáveis no processo de integração dos Estados conformadores de uma pessoa jurídica de direito internacional derivada da integração das partes e que são recepcionadas no ordenamento interno.

A cooperação e a integração afirmam-se, inclusive, para que os objetivos comuns sejam superiormente cumpridos pelo conjunto das entidades estatais. Para que se dê a integração, haverá de serem racionalizadas e formalizadas aquelas finalidades, pois é delas que se extraem os processos a serem adotados na estrutura e na organização da pessoa jurídica de direito internacional, a qual atuará para que se obtenha a eficiência dos procedimentos tidos como próprios.

No processo de integração, os Estados-partes não se vinculam, necessária e automaticamente, às decisões, às quais se chega por consenso (cf., por exemplo, o art. 37 do Protocolo de Ouro Preto, relativo ao Mercosul, pelo qual “as decisões dos órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-Partes”).

A tomada de decisões por consenso e com a presença de todos os Estados-Partes demonstra a carência de independência da entidade de direito internacional que forma o Mercosul, diversamente do que se dá com a Comunidade de Estados, conseqüentemente, para o direito prevalecente em um e os atos, mesmo que de natureza normativos, estabelecidos no outro caso.

Por conta mesmo desta condição de serem as decisões tomadas no processo de integração vinculadas às deliberações independentes e soberanas dos Estados, não se forma um direito supranacional de aplicação direta, automática e imediata em cada qual deles, como se dá no direito comunitário. Não se cria, no âmbito do processo integracionista, um direito comum aos Estados, mas uma criação comum de um direito que cada qual dos Estados estudam e decidem

⁸ MELLO, *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

⁹ DROMI, Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel, RIVERA, Julio C. *Derecho comunitario*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1995.

quanto à vigência e aplicação na esfera de suas competências soberanas. Por isso as decisões adotadas pelos órgãos do Mercosul podem ser formalizadas como normas, mas a sua natureza distingue-se das leis, quer do ponto de vista da fonte, quer do ponto de vista da forma, quer do ponto de vista dos efeitos.

Como o direito, para ser dotado de eficácia, depende de órgão controlador de sua validade e aplicação que se dote de competência sancionadora para a hipótese de seu descumprimento e de competência impositiva de comportamentos em caso de inobservância de suas decisões, é imprescindível pensar-se, no direito comunitário, em um órgão supranacional dotado de competência jurisdicional definitiva, tal como se dá com o Tribunal de Luxemburgo. Norma sem jurisdição de igual natureza e âmbito de incidência correspondente ao de sua fonte não tem essência jurídica, não guarda o vigor que no Direito se deve conter e não produz os efeitos que justificam a sua existência nessa condição. No âmbito do processo de integração de Estados, como não se tem um direito comunitário, também não se tem um órgão judicial que possa dotar as suas decisões de vigor formalmente jurisdicional. Tal como, inexistindo um Parlamento ou órgão legislativo dotado de competência para criar o Direito, não se há de pensar em lei – com a qualificação e a caracterização que lhe são próprias –, também sem um órgão judicante dotado de competência para firmar, em caráter definitivo, uma decisão judicial, não se tem a garantia de eficácia daquelas decisões acolhidas supranacionalmente.

O Tribunal Internacional de Conciliação e Arbitragem do Mercosul (TICAMER) tem competência para arbitramento, o que o distingue da jurisdição pensada e ainda hoje prevalente com a natureza definitiva que a sua prestação impõe. Daí por que também quanto a este elemento se pode observar a distinção entre o direito comunitário e o que ele provoca em termos de organização da estrutura e da organização da Comunidade de Estados e o direito internacional da integração.

Repita-se: nesse quadro do processo de integração, eventuais conflitos entre normas de direito interno e de direito integracionista solucionam-se segundo as regras do direito internacional, apenas especializando-se a sua interpretação e aplicação às condições que singularizam a condição dos Estados-Partes.

b) O segundo ponto que reclama breve passagem d'olhos refere-se ao conjunto de princípios que se contém na Constituição da Repú-

blica, especialmente no que concerne às relações entre o Estado brasileiro no plano do direito internacional.

Inserido o tema no título I da Lei Fundamental, entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, arrolam-se aqueles que concernem às suas relações internacionais.

b. 1) Dispõe o art. 4º e seu parágrafo único:

“Art. 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não-intervenção;
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – defesa da paz;
- VII – solução pacífica dos conflitos;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

As normas contidas no art. 4º da Constituição da República não são as únicas que se referem ao domínio das relações internacionais. Importantíssima nesta matéria é, por exemplo, aquela que se contém na parte final do parágrafo 2º do art. 5º, que oferece precioso subsídio para a interpretação do sistema.

Principalmente, é de se ter em conta, para a correta interpretação do dispositivo em causa, que ele se insere em título de “princípios fundamentais”, os quais têm que ser, necessariamente, tomados em seu conjunto.

Ademais, não se há de desprezar o preâmbulo da Constituição, o qual, conquanto não tenha natureza de norma constitucional, é uma ótima bússola jurídica a guiar o intérprete pelos caminhos pré-traçados pelo poder constituinte.

Assim, não se pode deixar de considerar a ênfase nele oferecida à circunstância de que a elaboração constitucional destina-se a assegurar o exercício dos direitos descritos e implícitos

no sistema segundo “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...”.

As normas contidas no art. 4^o da Constituição da República têm natureza de princípios, mas nem por isso se poderia considerar, por mero e desarrazoado equívoco, serem elas de eficácia limitada ou sem vigor para produzir efeitos concretos.

Até se poderia alegar que não se teria instrumentalizado o cidadão para forçar os poderes da República a dar concretude aos princípios ali incluídos. Talvez o cidadão não tenha, efetivamente, recebido instrumentos constitucionais específicos para forçar a tomada de uma ou outra decisão numa direção predeterminada. Todavia, é certo que ele dispõe de instrumentos constitucionais e processuais para requerer dos poderes competentes a anulação de comportamentos públicos que contrastem ou desatenham os princípios definidos no dispositivo em pauta. Destarte, qualquer regência das relações internacionais firmadas pela República que seja contrária ou desconforme ao quanto constitucionalmente afirmado é inválida e tanto poderá ser obtido pelo cidadão. Nesse sentido, portanto, o cidadão tem instrumentos jurídicos para determinar a plena eficácia das normas do artigo, conquanto predominantemente para impedir a validade de comportamentos que as afrontarem¹⁰.

b. 2) Cabe uma palavra especial, no presente estudo, quanto ao parágrafo único do art. 4^o da Constituição da República brasileira.

Tem-se, ali, a constitucionalização do sonho da pátria grande latino-americana. Ela deixou de ser apenas ilusão de idealistas para se converter em diretriz fundamental da República no sentido de se fazer real o quanto antes apenas pensado.

A norma do parágrafo único do art. 4^o não contém apenas mais um princípio, mas uma norma constitucional de conteúdo específico, trazendo uma ordem a ser cumprida pela República, a qual “buscará a integração...”. O objeti-

¹⁰ Opina Celso de Albuquerque Mello que “no Brasil a sensação que se tem é que os princípios (constitucionais) foram escolhidos de modo arbitrário.... A inclusão destes princípios na Constituição não os torna mais obrigatórios no plano internacional, mas torna mais explícita ou reforça a aceitação deles por parte do estado”. (op. cit., p. 159)

vo da integração também é posto de forma expressa, a saber, “a formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Significa afirmar que a integração é considerada opção constituinte originária delimitadora do modelo de Estado acolhido. Não o Estado isolado ou isolacionista, não o Estado mimetizado por comunidades ultramarinas ou não-latinas, mas o Estado voltado à formação de uma comunidade especificada pelo constituinte.

Do texto constitucional específico ressaem alguns elementos cuja ênfase se mostra necessária: primeiramente, é de se relevar, com Rui Barbosa, que “quem dá os fins, dá os meios” e que, também na fórmula daquele jurista, “a Constituição não dá com a mão direita para tirar com a esquerda”. Se ela configurou, constitucionalmente, em seus fundamentos, uma República Democrática de Direito afetada à integração para a formação de uma comunidade latino-americana de nações, não se há de extrair, pela via de uma interpretação restritiva, os meios de que ela se terá que valer para que a integração ocorra de maneira eficiente e efetiva. Em segundo lugar, saliente-se que a “*formação* de uma comunidade latino-americana de nações” não significa apenas um ato formal para se dar cumprimento à determinação normativa, antes é de se interpretar que ali se contém a definição da obrigação republicana brasileira de se buscar a integração para que seja constituída, estruturada e realizada uma comunidade de nações latino-americanas.

Também se há de relevar que a integração buscada não se apegua ao fator econômico – que seria a abertura de mercados ou a atividade comercial integrada –, devendo se completar na sua formação política, social e cultural, pelo que não há o cumprimento da norma quando a atenção se voltar ou se se vier ater a um dos fatores, menos ainda aquele que não traz o dado caracterizador da comunidade latino-americana das nações.

Aliás, a palavra “nação” – muito pouco empregada pela Constituição – denota uma realidade distinta daquela do Estado, realçando-se nela, tal como se contém na teoria, uma comunhão de história, de traços culturais, de crenças e uma perspectiva comum em face do passado aproximado em suas características.

Portanto, a integração buscada pela República com os demais Estados da América do Sul tem fundamento constitucional e embasamento ético-jurídico, vez que posta para um aperfeiçoamento conjunto das realidades econômica,

política, social e cultural. Como ensinado por Pe. Inácio Neutzling,

“a integração sonhada pelos libertadores é o ponto culminante de um processo de liberação e de desenvolvimento justo e equilibrado da América Latina... (e) corresponde a um ‘processo de integração solidário, que trate de corrigir em forma gradativa os desníveis econômicos entre os países-membros’¹¹.”

Com base neste parágrafo único deste art. 4º, não se há, pois, considerar que a aplicação do direito internacional da integração do Mercosul pode-se dispensar de atentar ao atendimento estrito dos objetivos ali especificados e da determinação ali posta. Tanto equivaleria ao descumprimento do comando constitucional. Daí por que, fundamentando-se nesse dispositivo, haverá que se dar à interpretação e à aplicação dos atos, acordos e tratados firmados no sentido de se dar cumprimento às normas daquele parágrafo, a ênfase e o tom necessários para que as finalidades nelas postas sejam atendidas. O direito internacional da integração do Mercosul tem base constitucional específica, não se generalizando na principiologia das normas relativas ao direito internacional comum.

Constituição interpreta-se para que se lhe dê eficiência e efetividade e não para se conduzir à inocuidade, impossibilidade ou impropriedade de suas normas. A integração para a formação de uma comunidade latino-americana de nações é norma constitucional e a configuração constitucional mesma da República põe-se com esta condicionante no plano das relações regionais da América.

4. Constituição e soberania no Direito brasileiro

“A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república.”

Jean Bodin

O conceito de soberania é polêmico, relativo, histórico e cada vez mais posto em questão em razão das condições políticas ocidentais atuais.

Qualidade essencial do poder estatal que o distingue dos demais que se exercem em determinada sociedade política, a soberania não teve o seu aproveitamento na experiência antiga. No

¹¹ NEUTZLING, Inácio. *Mercosul: integração e impacto sócio-econômico*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 107: O Mercosul e a integração latino-americana.

Estado concebido e vivido pelos gregos, cogitava-se da natureza autárquica daquela cidade global. Aquele conceito, entretanto, diferenciava-se grandemente do que o período moderno concebeu como soberania.

Também os Estados medievais, pluralmente pensados pelos doutrinadores em razão da diversidade de sua organização e dinâmica, não conheceram o conceito moderno de soberania, porque a Igreja é que exercia poder supremo em permanente disputa com o poder daquela organização política. Mas é nesse período que começa a se formar a idéia de que o poder estatal depende da imposição de sua condição superior para se impor aos demais poderes que gravitavam em sede política, daí a expressão *supremitas*. Em 1283, Felipe de Beaumanoir valia-se da palavra soberano para designar o poder supremo do barão em seu baronato.

Coube a Jean Bodin, em sua obra *Os seis livros da república*, datado de 1576, considerar e conceituar a soberania (do francês *souveraineté*¹²), um elemento essencial ao Estado¹³. Todo Estado teria que contar com aquele elemento para ser assim considerado. Aquele conceito dota-se de característica absoluta na visão do pensador francês, o que, entretanto, foi sendo deixado para trás no Estado moderno, especialmente desde o final do século XIX. Todavia, mesmo no plano das relações internacionais prevaleceu uma concepção de soberania absoluta, preconizada por Vattel no século XVIII e enfatizada, ainda, no século subsequente.

Da doutrina aristocrática, na qual dormitou desde os seus primórdios até o conceito que elevou o termo à soberania popular, o que se modificou, essencialmente, foi a entronização

¹² Para alguns autores a palavra adviria de “superanus” do latim médio com o sufixo “anus” que a faz remontar à sua origem popular, enquanto outros situam tal origem no baixo latim “superanitas”. Mas qualquer que seja a sua vertente, é certo que o uso da palavra consolida-se no curso do século XII, tendo enorme importância para a sedimentação do Estado moderno que se contrapõe e se sobrepõe às relações feudais características da Idade Média.

De se notar a lição de Dalmo Abreu Dallari, segundo o qual “embora o conceito de soberania só tenha aparecido a partir do século XVI, a ordem jurídica estatal sempre foi soberana” (*O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 63).

¹³ “République est un droit de gouvernement de plusieurs ménages et ce Qui leur est commun avec puissance souveraine” – livro primeiro, capítulo I, da obra *Les six livres de la République*.

da democracia como regime político, cujos princípios vinculam melhor os fins do Estado com o quanto buscado pelo indivíduo e pelo cidadão.

Soberania é conceito que já foi tido, no conceito normativista, como relativo à ordem jurídica nacional suprema e não-subordinada à elaboração de outrem; como o poder político supremo de um Estado; como a independência da entidade estatal em relação aos outros Estados. De qualquer forma, o que hoje se enfatiza é muito mais os seus atributos e o exercício democrático do poder popular em caráter soberano.

Tanto no plano interno quanto no plano internacional, a soberania desempenhou e ainda cumpre papel inapelavelmente importante, conquanto hoje já não tanto quanto nos séculos anteriores e no âmbito das relações internacionais menos ainda. Mas a afirmação do Estado como sociedade política diferenciada das demais organizações, aí incluída a Igreja, que também desempenhavam poderes políticos, constituiu elemento de importância incontestável para a informação e a afirmação do Estado moderno.

Desde o final do século XIX, e especialmente no curso deste século, houve uma relativização cada vez maior do conceito de soberania. Quer porque as idéias anarquistas e as marxistas passaram a negá-la, ensejando o seu questionamento mesmo em outras sedes de pensamento, quer porque a internacionalização de aspectos políticos, econômicos e, mais recentemente, sociais e culturais determinam afinidades entre Estados e a coordenação de políticas públicas, quer porque a presença de organizações não-governamentais internacionais apresentam-se como partícipes da experiência política de diferentes Estados, o certo é que a restrição da soberania é um dado da atualidade¹⁴.

A soberania referida por Bodin foi revisada¹⁵. Para alguns publicistas eminentes e influentes deste século, como Duguit por exemplo, haveria que se extinguir o conceito e a crença na soberania para se ter uma nova concepção de Estado. E ainda hoje há quem sustente

¹⁴ Acentua Celso de Albuquerque Mello que “esta (a soberania) passa a ser uma noção quase que formal, vez que seu conteúdo é cada vez mais diminuído pela criação e desenvolvimento das organizações internacionais. Muitas vezes, a própria palavra soberania é evitada, como ocorre na Carta da ONU que prefere usar expressões como ‘jurisdição doméstica’ ou ‘domínio reservado’” (op. cit., p. 122).

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro : Forense, 1993. p. 142.

que “não é exagero dizer-se que o inimigo da paz é o Estado soberano”¹⁶.

Também se há de tomar em conta que a soberania popular vem sendo mais encarecida nos sistemas jurídico e político dos Estados democráticos, mantendo-se as suas características de unidade e indivisibilidade, irrevogabilidade e intransferibilidade.

Se de um lado o conceito tradicional e herético de soberania já não mais prevalece, até mesmo porque desatende aos reclamos da sociedade contemporânea, é certo que ela ainda é proclamada, inclusive nas Constituições, por resguardar o direito de cada povo de decidir a sua forma política de ser e de fazer-se construir em sua história de maneira a não se subordinar aos comandos de potências estrangeiras.

No momento presente, em que a soberania é do povo e não de nações e em que as idéias e as ideologias podem irmanar mais que a identidade do solo que constitui a pátria; no momento histórico em que a terra se converte em pátria da totalidade dos homens, em que o meio ambiente atinge a vida de todos os seres do planeta, qualquer que seja o local que se tome por referência, há que se pensar, contudo, que a soberania repensada, relativizada e centrada na participação política livre e permanente do povo pode servir ao resguardo da identidade de cada grupo cultural sem perda da dimensão universal da convivência política. Mas parece indubitável que a soberania não pode persistir como conceito que se ponha como bloqueio para que venham as modificações que a nova ordem internacional, as novas formas de solidariedade entre os homens nos diversos Estados e a experiência de universalização e mundialização dos direitos fundamentais do homem propõem e põem. Por isso é que se tem enfatizado a desmaterialização cada vez maior da soberania e a sua aceitação sempre mais como conceito formal, que não embaraça nem impede a internacionalização dos contatos e relações entre os Estados e, principalmente, entre os sistemas garantidores dos direitos humanos.

¹⁶ BOSON, op. cit., p. 134. Segundo aquele autor, “em toda essa mistela da História, no fundo, com grandeza ou sem esta, sempre encontramos impávido esse tradicional conceito de soberania, com a rédua da estupidez humana, ainda mesmo quando cortados os seus vínculos originários com a referida cosmologia politeísta” (Ibidem).

É de Celso de Albuquerque Mello a assertiva de que

“na prática, não há Constituição ou jurisprudência de tribunal constitucional que permita a ‘alienação’ da soberania, porque fazê-lo seria consagrar o fim do Estado. (...) Os Estados ainda não estão preparados para o seu suicídio”¹⁷.

No constitucionalismo brasileiro, o princípio da soberania do Estado aparece, ainda que não com o uso expresso da palavra, em todas as Constituições desde o Império¹⁸.

Na Constituição de 1988, o princípio da soberania é não apenas expresso como o primeiro dos fundamentos da República Federativa do Brasil no plano interno e no plano internacional (art. 1º, I, e art. 4º, I), estendendo-se e reforçando-se a sua condição democrática, pelo que a *soberania popular* é realçada (art. 14) e a soberania nacional cuidada de maneira explícita (art. 170, I).

O conceito de soberania constitucionalmente abrigado no sistema brasileiro açambarca não apenas o jurídico, vale dizer, a supremacia do direito fundamental interno sobre o direito internacional, como o político (daí o uso da expressão “independência nacional”) e o eco-

¹⁷ MELLO, op. cit., p. 123.

¹⁸ A Carta de Lei de 25 de março de 1824, observada como *Constituição do Império*, determinava, em seu art. 1º, que “o Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma nação livre e independente que não admite com qualquer outra laço algum de união ou federação, que se oponha à sua independência.”

A Constituição de 1891 cuidou da soberania nacional no art. 15, afirmando serem seus órgãos os poderes legislativo, executivo e judiciário. A expressão teve, então, o sentido de poder e não mais de independência no sentido de que se valera o constituinte do Império.

A Constituição de 1934 manteve, em seu art. 3º, aquela expressão com o mesmo significado utilizado naquela primeira da República.

A Carta de 1937 estabeleceu, em seu art. 1º, que “O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”.

A Constituição de 1946, a Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não faziam expressa referência à independência ou à soberania, mas cuidavam das competências da União para assegurar a integridade do território nacional e o trânsito de estrangeiros ou de forças estrangeiras no país, donde se extraía a adoção inequívoca, obviamente, daquele princípio.

nômico, que se dá por uma ordem voltada a assegurar a independência do Estado nacional em relação aos centros financeiros poderosos que pretendem ou propendem a subordinar a seus particulares interesses o comando das políticas econômicas dos Estados subdesenvolvidos¹⁹.

O fortalecimento da soberania popular é que se põe, na presente quadra histórica, como importante. Soberano é o cidadão e não o Estado. Atente-se a que a cidadania, por sua vez, é cada vez mais supranacional. O direito de participar do poder político não mais se restringe ao território de um Estado, estendendo-se principalmente porque ele se exerce para assegurar a dignidade da pessoa humana – princípio essencial de qualquer ordenamento – e, onde esta tiver sido atingida, há que haver um cidadão disposto a colaborar com o ameaçado ou lesado em seu direito para a pronta defesa, independente da nacionalidade.

Ademais, considerando-se que a democracia é tida como direito fundamental da terceira onda (ou de terceira geração, como querem alguns autores), a soberania do povo cumpre a tarefa de assegurar que a sua participação não lhe seja negada, menos ainda afastada para se substituir pelos eventuais governantes.

Nesse sentido, a soberania popular pode representar uma maior legitimidade das normas jurídicas que passem a integrar e a incidir sobre o povo de um Estado, mesmo quando formulada internacionalmente, porque esta elaboração contaria (e, quem sabe, contará brevemente) mais com a participação dos cidadãos, o que, até agora, ainda é muito frágil.

Na interconexão do direito interno com o direito internacional, é de se atentar a que a limitação das competências do Estado pela atribuição conferida aos órgãos que produzem as normas supranacionais constitui, ineludivelmente, uma limitação à própria soberania do Estado, se pensada esta em sua concepção mais vinculada à idéia de capacidade suprema de produzir, por si e internamente, uma ordem jurídica. Se se põe que o constitucionalismo contemporâneo privilegia a produção heterógena de normas para possibilitar uma maior composição de interesses dos povos integrados ou reunidos em comunidade com a participação popular soberana e efetiva, parece indubitável que se pode considerar a manutenção daquele conceito e até mesmo o seu fortalecimento.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 724.

A matéria dos direitos humanos, que dominam o cenário jurídico nas últimas décadas, vem comprovar que a soberania estatal não se sobrepõe ao direito que resguarde o homem em sua condição universal. O cuidado daquele tema constitui, irretorquivelmente, uma superação da soberania estatal absoluta e intangível ao questionamento do resto do mundo.

É de se observar, porém, que a soberania é repensada para se impor mais fortemente não em sua verticalidade, mas em sua projeção horizontal, e não em relação ao aparato burocrático dos poderes que compõem os quadros de ação do Estado, mas em respeito à atuação cidadã permanente, intransferível e decisiva dos povos interessados.

Nesse caso, a soberania cumpre também uma função de pôr a claro as desigualdades que marcam as identidades dos povos, que devem ser respeitadas, vez que não se pretende aceitar a uniformização totalitária dos grupos sociais ou a unificação das culturas que acarretam o esfacelamento das individualidades em único proveito de interesses de mercados, sem qualquer compromisso com as reais necessidades dos diferentes conjuntos, garantindo-se, pela participação popular, que se propiciem as condições de aperfeiçoamento respeitoso das desigualdades para a identificação e o respeito às peculiaridades culturais e sociais. A comunhão de Estados ou a integração de Estados não pode significar a supressão, a eliminação ou a simples extinção das diferenças dos povos e de suas culturas, pois elas devem se somar para acrescentar e se constituir objeto da união. Só há união quando há mais de um. Não há uma cultura ou opção política de um povo que seja a verdade absoluta ou que seja boa para todos. A hegemonia é nefasta e negadora da liberdade humana, que encarece a diferença que individualiza, torna o ser um indivíduo único, diferente dos demais. Para haver a aproximação dos povos, há que se partir do respeito às suas diversidades. É, aliás, a diferença que nos caracteriza, quer dizer, dota-nos de singularidade para nos superarmos. A igualdade que se busca não suprime as singularidades, apenas se restringe a impedir que as diferenças decorrentes de preconceitos nos inferiorize e marginalize. Não se pretende um mundo de seres idênticos, despersonalizados. Antes, quer-se um mundo de pessoas, que se qualificam pela sua condição especial e única. O pluralismo político vale não apenas como fundamento da democracia interna dos Estados, mas também internacional. Portanto,

não se há cogitar de anular as identidades nacionais, pois então não há integração ou comunhão, mas colonização ou dominação pura e simples.

Afinal, como dizem os indianos, a universalidade repousa na humanidade que se individualiza, se marca e se faz irmã. Por isso “cantes a tua aldeia se queres ser universal”. Há de se manter a aldeia para fazer surgir o canto...

5. A Constituição da República Brasileira e o Mercosul

“Celso Furtado... enfatiza ser nossa tarefa nada menos do que ‘mudar o curso da civilização, deslocar o seu eixo da lógica dos meios a serviço da acumulação num curto horizonte de tempo, para uma lógica dos fins em função do bem-estar social, do exercício da liberdade e da cooperação entre os povos’. Enfrentar a crise civilizatória exige um grande grau de cooperação em nível internacional, muito superior a tudo o que se fez até hoje”.

Mais além do mercado, mais além do Estado
Armando de Melo Lisboa

O Mercosul busca realizar, no âmbito do Cone Sul, a integração, inicialmente econômica, dos Estados-partes, no fluxo do que se constrói ou se intenta produzir o direito da integração. Releve-se: é o direito da integração, pois não se quer que se tenha por cá o direito da “entregação”. Quer dizer, no âmbito de uma globalização econômica sobre a qual se põem questões de monta para a sobrevivência independente de cada povo, a integração vem para ajustar sociedades que se podem reunir para aperfeiçoar as suas instituições e se solidarizarem nas decisões em benefício de todos. Independência não significa isolacionismo, fechamento ou desconhecimento da realidade e da coordenação com as políticas internacionais. Mas integração também não pode significar dependência, menos ainda aquela que faz que um povo entregue a outro Estado os seus bens, os seus recursos, a sua história, o seu futuro. Integração faz-se com soma para melhor distribuição com todos e não com a subtração para maior lucratividade de alguns.

A globalização que se oferece como fatalidade²⁰ do atual momento histórico é a econômica

²⁰ Quanto a ser considerado uma “fatalidade” do momento atual, é de se anotar que a *aids* também é uma fatalidade do momento atual e nem por isso há

e não é um processo que titularize os Estados na condição de principais protagonistas. Antes, ela vem como uma condição de realização de capitais e interesses particulares, valendo-se dos agrupamentos humanos como manadas de consumidores que oferecem o cheiro do lucro a ser revertido em benefício dos empresários. Não é um processo no qual atue predominantemente o Estado, pelo que o seu ordenamento não submete tal atividade. Em verdade, este processo de globalização econômica não dispõe de leis, pois as denominadas “leis do mercado” são verdadeira e exclusivamente o domínio da força²¹. No curso desta mercantilização das relações internacionais, há crescente presença dos Estados economicamente fortes sobre os outros, que aqueles pretendem usar segundo as suas conveniências financeiras, num neocolonialismo que não renega a história de exploração de alguns países por outros e para o que se pretende uma hegemonia contrária aos ideais de libertação e aos princípios da liberdade e da igualdade. Segundo Alain Tourraine,

“o que hoje chamamos de globalização, há cerca de um século atrás era chamado de imperialismo. Este conduziu a rupturas sociais e políticas que disseminaram governos despóticos e, mais cedo ou mais tarde, paralisaram as economias submetidas ao poder totalitário”²².

O autoritarismo econômico internacional ronda as relações entre os Estados. A arquitetura política globalizante neoliberal gera a desigualdade. Esta, como se sabe, é produzida, não é gerada do nada. E a desigualdade econômica vem gerando legiões de desempregados e de não-trabalhadores, excluídos do processo social e político porque não são agentes da lógica eco-

que se deixar de lutar para exterminá-la; o câncer também é uma fatalidade e continua a se buscar a sua cura. O que chega ao homem como fatalidade nem sempre é insuperável, menos ainda quando é fator externo e criado por ele mesmo, como se tem com a arquitetura globalizante e neoliberal da macroeconomia.

²¹ Segundo George Soros, milionário que fez a sua fortuna exatamente com as “leis do mercado”, “atualmente as finanças internacionais não obedecem a nenhuma lei. Quando uma atividade está fora do alcance da lei, o que predomina é a força – e o estado de coisas em que a força predomina é chamado de barbárie”. *Veja*, n. 1442, p. 10.

²² TOURRAINE, Alain. Riscos do pensamento único. *Folha de São Paulo*, 18. fev.1996. p. 5-7.

nômica de se ter direitos apenas se se puder fazer por merecê-los. Aquele que não tiver oportunidade de “fazer” (o que se tem pelo trabalho) não se vê incluído no processo sócio-econômico.

A esta lógica de mercado sem leis conjuga-se o neoliberalismo de perfil individualista sem o resguardo das individualidades e a competitividade com a paralela extinção de empregos e de trabalhos sob os quais se afirmava a organização social e, em grande parte, também a organização econômica²³.

A mundialização dos direitos humanos e a universalização das garantias fundamentais do homem são a tônica mais realçada e própria para a realização da dualidade internacional que se põe e segundo a qual os Estados se reúnem para se fortalecerem e se prestarem à solução de problemas comuns com a soma dos seus esforços, recursos e comportamentos, para o que, paralela e contrariamente, necessitam abrir mão do sentido absolutista e exclusivista que o conceito antigo de soberania abrigava. Mas sem o associacionismo internacional dos Estados, especialmente dos mais fracos economicamente, ter-se-á o retorno ao imperialismo em sua feição mais perversa.

A integração das nações do Cone Sul, as quais precisam ainda realizar, primariamente, para todos os seus cidadãos os direitos fundamentais – inclusive e ainda os denominados de primeira onda ou de primeira geração, como sejam, o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à igualdade, entre outros –, deve apontar para alternativas da estabilização democrática segundo as condições sócio-culturais e políticas a fim de obter, com segurança e sem retrocessos, a estabilização econômica inclusive no plano das parcerias internacionais.

A integração referida constitucionalmente pelas normas fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 4º e seu parágrafo único) busca a preservação das identidades nacionais

²³ “A gravíssima crise que hoje vivemos é uma crise da possibilidade do ‘desenvolvimento’ latino-americano, do sonho da modernização de nossas terras.... abre-se um vácuo quando se constata: seja os limites do Estado na condução do processo social, seja a irrevogabilidade dum mercado transnacional devorador dos nossos recursos humanos e naturais, seja a inadequação do projeto neoliberal necessariamente excludente da maioria da população, seja quando se questiona a possibilidade da justiça e dum amanhã fraterno para nossos povos” (LISBOA, Armando de Melo. op. cit., p. 134).

que se devem somar para multiplicar e dividir bens e não para aumentar as desigualdades, menos ainda pagar com a pobreza maior ainda de seus cidadãos o lucro particular de empresas descomprometidas com o homem sul-americano. Por isso não se cogita da integração exclusivamente econômica, conquanto seja certo que o Mercosul é, hoje e ainda, fundamentalmente, um processo essencialmente econômico.

O modelo de globalização econômica neoliberal pode conduzir a uma mais crescente condição de miserabilidade de populações sul-americanas inteiras, que não dispõem de qualificação para a competição internacional com as poderosas economias industrializadas e dotadas da melhor e mais avançada tecnologia. A ordem social proposta até mesmo nos sistemas constitucionais dos Estados subdesenvolvidos não tem conseguido, ainda, romper a desigualação forjada pelo modelo econômico descomprometido com os homens.

Os fantasmas da pobreza indigna trazidos pela *lex mercatoria*²⁴, sem fulcro social e sem finalidades humanas, andam pela casa e já não podem ser desconhecidos. Tropeçam-se em mãos estendidas à cata de um taco de pão. E, como bem assinala o Pe. Inácio Neutzling,

“os pobres são os juizes da vida política e econômica de uma nação. Portanto, a situação dos pobres em nossos países é o critério para medir a justiça, a bondade, enfim, a moralidade da integração que o Tratado do Mercosul pretende implementar”²⁵.

A imposição, que vem de fora, de modelos de Direito minimamente materializados, de desconstitucionalização e de desregulamentação das matérias que são imprescindíveis para a garantia dos direitos fundamentais do povo sul-americano, não pode ser aceita.

Não é possível, admissível ou aceitável que o ciclo civilização/ desenvolvimento/ modernização se faça ao custo da exclusão social e da marginalização política cada vez maior de povos e de grupos sociais. O homem não é a taxa de lucro de empresa.

²⁴ Já há quem alegue que a *lex mercatoria* é um novo direito (KEGEL, Patrícia Luíza. *Advogado* : desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais. Brasília : OAB, 1998. p. 73 e 75: Internacionalização do Estado e sistemas jurídicos nacionais).

²⁵ NEUTZLING, op. cit., p. 125.

Não se deseja negar o crescimento econômico, menos ainda isolar-se o Estado sul-americano do processo econômico internacionalmente dinamizado. O que se pretende é que este modelo seja projetado e realizado em benefício de todos os homens e não para o proveito de alguns à custa da maioria dos mais e mais empobrecidos. O mercado, que é necessário, haverá que ser voltado para o atingimento das finalidades sociais dos homens. Não são os homens que se devem organizar para atender fins do mercado. Por isso a democracia haverá que ser, rigorosamente, observada como base imprescindível para a integração, pois somente ela pode assegurar uma ordem social justa e solidária. A ética democrática não pode ser desconsiderada no processo de integração. É ela que pode afirmar o acatamento rigoroso dos princípios constitucionais democráticos dos diversos Estados integrados, garantindo-se, então, o pluralismo cultural, social e econômico e permitindo-se a elevação dos membros destas sociedades à condição de cidadãos sul-americanos, iguais em direitos aos demais cidadãos do mundo. A assimetria comercial, social, cultural e histórica dos povos e Estados latino-americanos não pode ser desconhecida ou renegada para se copiar, independente do chão latino-americano, modelos que se forjam em laboratórios outros inteiramente defasados da realidade de cá.

É mister evitarem-se os projetos que conduzam ao *dumping* social de inegáveis consequências sociais malignas para os Estados do Cone Sul. Somente com o respeito e o engajamento às peculiaridades histórico-culturais das sociedades latino-americanas é que se poderá evitar aquele resultado nefasto aos cidadãos.

Há de se atentar, então, à primazia absoluta dos princípios das Constituições dos Estados latino-americanos que resguardem, garantam e realizem a democracia das sociedades que se dão à integração no Cone Sul.

A Constituição brasileira não determina a busca da integração sem a imprescindível observância dos princípios que informam e conformam o Estado brasileiro, na base do qual se põe superior e incontestavelmente a dignidade da pessoa humana, bem como o da soberania popular, o da cidadania e o do pluralismo político, entre outros (art. 1º).

Ao contrário dos Estados europeus que tiveram como fundamento preliminar da formação de sua comunidade a necessidade de se preservar a democracia para se assegurar a continuidade dos processos sócio-econômicos,

econômicos e políticos de progresso e o respeito às nacionalidades com o fortalecimento das pessoas políticas, os Estados latino-americanos, melancolicamente, têm como desafio a construção de uma democracia social e política estável e permanente, que não se pode encontrar em sua história.

Novas cópias de modelos estrangeiros, inclusive políticos; a submissão a ordens econômicas, menos ainda incoerentes com os reclamos sócio-culturais dos povos; a aniquilação das peculiaridades e riquezas culturais dos povos latino-americanos para a absorção de abúlicas fórmulas *macdonalizadas* de viver sob o jugo imperialista de uma mídia cuja pátria é o lucro financeiro não são sendas próprias a se percorrerem. Nem a Constituição da República Federativa do Brasil permite novas e subliminares formas de dependência a ordens internacionais ou a entrega do país a interesses que não os prioritariamente nacionais.

Nesse sentido é que somente se pode considerar legítimo o processo de integração latino-americano para a criação da Pátria Grande subsumido aos paradigmas democráticos e voltado ao cumprimento de todos os fatores determinantes da reunião criativa e criadora da entidade de direito internacional, como se considerou protocoladamente o Mercosul (art. 34 do Protocolo de Ouro Preto). O direito da integração, forjado a partir dos atos, acordos e tratados afirmados pelos Estados-partes do Mercosul, não poderá desconsiderar qualquer daqueles princípios democráticos, pois, sem a sua observância, não se poderá ter a base que alicerça uma integração firmada no Direito.

Ademais, tendo-se como fundamento principiológico da integração a democracia buscada no princípio da soberania popular, é patente que haverá de se preverem mecanismos e instrumentos asseguradores da participação efetiva dos cidadãos no processo, sem o que se terá dificuldades para possibilitar a legitimidade política das decisões tomadas no âmbito dos diferentes Estados e, de par com essa questão, a eficácia jurídica destas decisões na esfera de competências de cada qual.

Mais ainda, há de se anotar que a adoção de políticas públicas a serem concretizadas em relação às sociedades que participam do processo integracionista depende do atendimento de um sistema de controle democrático da esfera pública, pois não há democracia sem a limitação do exercício das competências pelos agentes

estatais, menos ainda sem um eficiente sistema de aferição da juridicidade desse desempenho. Logo, é imperioso que se tenha a institucionalização dos mecanismos de participação direta ou indireta, porém democrática e com representação específica, do cidadão na gestão da coisa pública regionalmente integrada, tanto para a adoção de providências e decisões, quanto para o controle de sua execução.

Há excessiva burocratização na institucionalização do Mercosul, distanciando-se muito dos cidadãos. Estado como a República brasileira, que já tem, internamente, tantas e tão grandes diferenças, não chegará a suprir a exigência democrática se não adotar uma política de divulgação e de aproximação de todos os segmentos sociais e entidades federadas com o processo de integração, hoje muito restrito ao sul e sudeste do país.

Somente se terá o despertar da sensibilidade social do cidadão latino-americano quando se adotar, efetivamente, uma agenda social e cultural como ponto fundamental do processo. Tal agenda é necessária por causa dos princípios fundamentais da República Federativa Democrática do Brasil e dos direitos humanos que hoje dominam o direito internacional. Sem o homem sul-americano não há América do Sul. Sem povo não se faz Estado democrático. Sem cultura popular não se promove integração por falta de objeto a ser reunido.

O desemprego que vem assolando multidões, se não é um caso isolado ou único da América do Sul, deve se constituir em preocupação específica do Mercosul, onde os desníveis têm se acentuado de maneira disparada nesta década de noventa. O ingresso de um contingente de um milhão e quinhentos mil trabalhadores ingressando, apenas no Brasil, no mercado de trabalho anualmente e sem encontrar geração correspondente de empregos pode desaguar numa marginalidade sem precedentes na história do Brasil.

Os desníveis entre as condições dos trabalhadores dos Estados-partes do Mercosul e a desigualdade das formas e condições de produção de bens e serviços (Estado como o Paraguai é mais agrícola, enquanto o setor de serviços tem um desenvolvimento prioritário, por exemplo, no Uruguai) podem criar fossos enormes a separar e a estancar as realidades sócio-econômicas se não forem pensadas em conjunto e a tempo de se desenvolverem procedimentos que conduzam à superação das diferenças de base sócio-econômica.

A integração latino-americana determinada pela Constituição brasileira de 1988 não-estanca apenas um fator de reunião e coordenação – o econômico – como se tem reforçado até aqui. Urge se ampliem os fatores de integração para o cumprimento daquela meta e para o completamento do processo.

6. Conclusão

“Os outros latino-americanos são como nós mesmos, povos novos, em fazimento. Tarefa infinitamente mais complexa, porque uma coisa é reproduzir no além-mar o mundo insoço europeu, outra é o drama de refundir altas civilizações, muito diferente, é o nosso, de reinventar o humano, criando um novo gênero de gentes, diferentes de quantas haja”.

O povo brasileiro

Darcy Ribeiro

A integração latino-americana do Mercosul, conquanto havida no fluxo de uma globalização econômica desapegada de ideais humanitários e universalmente comprometidos com os cidadãos, enseja e enceta o surgimento de um momento inteiramente novo na América Latina.

Essa integração, que a Constituição brasileira determina seja buscada pela República e que se põe no panorama internacional como uma contingência do associacionismo dos povos e dos Estados, deverá se desenvolver segundo os princípios democráticos da ética, da liberdade, da solidariedade e da justiça social para ser válida. Se não houver o fundamento do processo nos princípios universais asseguradores da dignidade da pessoa humana, qualquer forma de atuação política das entidades estatais estará fadada ao insucesso social e ao fracasso jurídico e político.

O Mercosul é uma realidade que tem um largo caminho a percorrer. Não se há de aceitar desvios que venham como propostas de povos que não conhecem as contingências sócio-políticas e econômicas da região integrada, nem se há de fechar ao que venha de novo e de propício a um aperfeiçoamento das instituições sociais.

A ética social justa do processo da integração passa pela democratização das instituições e dos fins do Mercosul. Há de se convocar o cidadão latino-americano a participar politicamente das tomadas de decisões, de maneira eficiente e permanente, mediante a prévia divulgação dos temas, programas, projetos e deliberações a serem discutidas e decididas, a fim de que se assegure a legitimidade do processo que

garante, em grande parte, a efetividade social das decisões.

Também não se pode desconhecer que os direitos humanos e os direitos sociais têm que ter prioridade absoluta no processo da integração, considerando-se uns e outros na contingência latino-americana e não como se passa a sua garantia em outros Estados.

Afinal, há quinhentos anos de história para se ganhar e que a integração poderá ajudar a converter numa nova América. Não é sem tempo que se construirá a Pátria Grande segundo os ideais de solidariedade e justiça que animaram os americanos dos últimos três séculos. Para tanto, há de se pensar a integração lendo a nossa história com os nossos próprios olhos e pensá-la com os nossos conhecimentos de chão. Somos nós mesmos a nossa cartilha e o nosso projeto de uma vida que atenda aos destinos traçados para uma realidade que não tem retrato nos outros continentes. Somos, com as nossas agruras históricas e sociais presentes, o nosso próprio fardo, mas somos também a nossa maior esperança. Se aquele pesa mais na reunião de Estados, esta se multiplica na integração dos homens.

Bibliografia

- ALMEIDA, Antônio José et al. *Mercosul*. Petrópolis : Vozes, 1997.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo : LTr, 1998.
- BASSO, Maristela. *Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- _____. *Ciência Política*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- BURDEAU, Georges, HAMON, Francis, TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. Paris : LGDJ, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, 1998.
- CARTER, Lief H. *Derecho Constitucional contemporaneo*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985.
- CASELLA, Paulo Borba. *Integração jurídica interamericana*. São Paulo : LTr, 1998.

- _____. *Mercosul, exigências e perspectivas*. São Paulo : LTr, 1996.
- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes, CHIARELLI, Matteo Rota. *Integração : direito e dever*. São Paulo : LTr, 1992.
- DOUTRIAUX, Yves, LEQUESNE, Christian. *Les institutions de l'Union Européenne*. Paris : La documentation française, 1995.
- DROMI, Roberto. *Código del Mercosur*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1996.
- GARCIA, Armando Alvares Garcia. *Conflito entre normas do Mercosul e Direito interno*. São Paulo : LTr, 1997.
- GREWE, Constance, FABRI, Hélène Ruiz. *Droits constitutionnels européens*. Paris : Presses Universitaires de France, 1995.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial*. São Paulo : LED, 1996.
- LOBO, Maria Teresa Cárcomo. *Ordenamento jurídico comunitário*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- _____. *Direito Constitucional internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOARES, Esther Bueno. *Mercosul*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- VENTURA, Doris et al. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.